

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/146736>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-07 and may be subject to change.

Risicoreserve

A.J.H. van Suilen

Kluwer - Deventer

RISICORESERVE

een wetenschappelijke proeve op het gebied van de Rechtsgeleerdheid

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor
aan de Katholieke Universiteit Nijmegen,
volgens besluit van het College van Decanen in het
openbaar te verdedigen op maandag 12 maart 2001
des namiddags om 3 30 uur precies

door

Arno Johannes Hendrikus van Suijen
geboren op 22 september 1969
te Nijmegen

Van dit proefschrift verschijnt een handelseditie in de serie Fiscale Monografieën
(nr 96), ISBN 90 200 2360 8

Promotor

Prof mr H M N Schonis

Manuscriptcommissie

Prof dr A H M Daniels U U

Prof mr H M A L Hamaekers

Prof mr D Juch K U B

Stellingen

behorende bij het proefschrift 'Risicoreserve' van A.J.H. van Suilen

1. Teneinde schadelijke gevolgen van belastingconcurrentie binnen de Europese Unie tegen te gaan, verdient het aanbeveling een minimum vennootschapsbelastingtarief en -grondslag af te spreken.
2. De vermogensrendementsheffing (box III Wet IB 2001) is in materieel opzicht een vermogensbelasting.
3. Binnen de Europese Unie is een harmonisatie op het gebied van de inkomsten- en loonbelasting niet te verwachten.
4. De definitie van het concernbegrip voor de overdrachtsbelasting moet zodanig worden gewijzigd dat ook een natuurlijk persoon de top van een concern kan vormen.
5. Strijdigheid van belastingwetgeving met een verdragsbepaling kan een onrechtmatige overheidsdaad opleveren, ter zake waarvan een belastingplichtige voor geleden schade, een schadevergoeding kan vorderen (A.R. Bloembergen, FED 2000/322).
6. De verhoogde deelname van vrouwen aan steeds hogere vormen van onderwijs leidt via toegenomen homogenisering van huwelijken naar opleidingsniveau tot vergroting van de sociale ongelijkheid tussen gezinnen: tweeverdieners met goed betaalde banen versus het traditionele kostwinnersgezin.
7. Het is niet zozeer de hoogte van het schoolgeld waardoor vooral kinderen van veelverdienende ouders gebruik maken van het particulier onderwijs als wel het feit dat in deze gezinnen de behoefte aan een hoge opleiding van de kinderen groter is.
8. Veel jonge ouders voelen zich gedwongen te kiezen tussen carrière en zelfontplooiing, of kinderen. Zij vergeten hierbij dat hun opgroeiende kinderen ook een bron van zelfontwikkeling zijn.
9. Als gevolg van de commercie staat het voetbal buitenspel.
10. Wandelen is het stilstaan bij dingen onderweg.

Voorwoord

Een juridisch proefschrift is veelal een studeerkamerproduct dat na honderden uren van afzondering tot stand komt. Zonder de steun en inzet van anderen zou mijn onderzoek evenwel niet zijn uitgegroeid tot onderhavige dissertatie. Op de eerste plaats noem ik mijn partner Mara Weenink zonder wiens stimulans het schrijven van een proefschrift niet mogelijk zou zijn geweest. Dank ben ik verschuldigd aan mijn promotor prof mr. H. M. N. Schonis voor zijn kritische begeleiding. Dank ben ik eveneens verschuldigd aan mr. M. A. C. Valks en drs. A. H. M. Janssen van Loyens & Loeff. Zij boden mij de gelegenheid om naast de belastingadvieswerkzaamheden aan het proefschrift te werken. Laatstgenoemde ben ik voorts erkentelijk voor zijn waardevolle opmerkingen. Voorts gaat mijn dank uit naar prof. mr. F. J. P. van den Ingh (KUN), mr. S. A. de Vries (KUN), mr. K. Hellingman (UU), C. Lebegue (Loyens & Volkmaars Brussel) en drs. C. R. A. G. van Summeren, die ieder op hun eigen wijze hebben bijgedragen aan de afronding van dit proefschrift. Tot slot wil ik mevrouw K. G. Snee bedanken voor het verzamelen van het materiaal ten behoeve van deze dissertatie.

Nijmegen, november 2000

‘Whoe’er expects a faultless tax to see
Expects what neither is, nor was, nor e’er shall be.’

*J.R. McCulloch, A treatise on the principles and practical
influence of taxation and the funding system, London, 1852*

Inhoudsopgave

Voorwoord	V
Lijst van gebruikte afkortingen	XIX
1 Inleiding	1
Deel I De werking van de risicoreserve	7
2 Subject	9
2 1 Inleiding	9
2 2 Lichaam	10
2 2 1 Inleiding	10
2 2 2 Binnenlands belastingplichtigen	11
2 2 3 Buitenlands belastingplichtigen	12
2 2 3 1 Vaste inrichting	13
2 2 3 2 Aanmerkelijk belang en zuivere inkomsten	15
2 3 Substance	16
2 3 1 Inleiding	16
2 3 2 Reeë, duurzame en zelfstandige financieringsactiviteit	17
2 3 2 1 Zelfstandige financieringsactiviteiten	18
2 3 2 1 1 Zelfstandigheid binnen lichaam	18
2 3 2 1 2 Zelfstandigheid binnen concern	19
2 3 2 2 Reeë financieringsactiviteiten	19
2 3 2 3 Duurzame financieringsactiviteiten	20
2 3 3 Criteria art 2a Uitvoeringsbeschikking	21
2 3 3 1 Meer dan beleggen van vermogen	22
2 3 3 1 1 Parlementaire geschiedenis	22
2 3 3 1 2 Criterium ontleend aan art 8 Wet Vpb 1969 (oud) en art 29a Wet IB 1964	22
2 3 3 1 3 Jurisprudentie	23
2 3 3 1 4 Conclusie	27
	VII

2.3.3.2	Geen spaarpotfunctie	28
2.3.3.2.1	Parlementaire geschiedenis	28
2.3.3.2.2	Identieke criteria voor kortlopende beleggingen CFA-lichaam	29
2.3.3.3	Zelfstandige bedrijfsvoering	30
2.3.3.4	Eigen kantoor met gekwalificeerd personeel	31
2.3.3.5	Eigen bankrekening	33
2.3.4	Centrale spilfunctie	33
2.3.5	Gecomprimeerde substancevoorwaarden	34
2.3.6	Rechtsgrond substancevoorwaarden	36
2.3.6.1	Literatuur	36
2.3.6.2	Jurisprudentie	38
2.3.6.3	Wettelijke basis substancevoorwaarden	43
2.3.6.3.1	Rechtsgrond zelfstandigheids criterium	45
2.3.6.3.2	Rechtsgrond realiteits criterium	46
2.3.6.3.3	Rechtsgrond duurzaamheids criterium	46
2.3.6.3.4	Conclusie	47
2.4	Concern	47
2.4.1	Inleiding	47
2.4.2	Het begrip 'lichaam'	49
2.4.3	Het begrip 'belang'	50
2.4.3.1	Belang in niet-aandelenvennootschap	50
2.4.3.2	Belang in aandelenvennootschap	51
2.4.3.2.1	Parlementaire geschiedenis	51
2.4.3.2.2	Wettekst	52
2.4.3.2.3	Literatuur	53
2.4.3.2.4	Belang en art. 15b Wet Vpb. 1969	54
2.4.3.3	Direct en indirect belang	55
2.4.3.4	Uitsluiting preferent aandelenbelang	56
2.4.3.5	Kapitaal of lening	57
2.4.3.6	Sfeerovergang	61
2.4.4	Het begrip 'derde'	61
2.4.5	Verbondenheid op verzoek	62
2.4.6	Niet-verbondenheid op verzoek	63
2.4.7	Internationaal werkzaam concern	65
2.4.8	Uitsluitend vanuit Nederland	67
3	Voorwaarden	71
3.1	Inleiding	71
3.2	Vermogenstoets	72
3.2.1	Inleiding	72
3.2.2	Aannemelijk maken	72
3.2.3	Peildatum	73

3.2.4	Financieringsvermogen	74
3.2.5	Direct of indirect ten behoeve van lichamen in Nederland	76
3.2.6	In Nederland aanwezige bezittingen	77
3.2.7	Waarde in het economische verkeer	81
3.2.8	Beperking tot 10%	84
3.2.9	Overschrijding vermogensnorm	85
3.3	Inkomstentoets	87
3.3.1	Inleiding	87
3.3.2	Teller en noemer van de breuk van de inkomstentoets	88
3.3.3	Het begrip 'belastbare inkomsten'	89
3.3.4	Groep van lichamen	90
3.3.5	Toetsperiode	92
3.3.6	Niet voldoen aan inkomstennorm	92
3.4	Voorwaarden inspecteur	93
3.4.1	Inleiding	93
3.4.2	Toepassing risicoreserve op verzoek	95
3.4.3	Status van de modelbeschikking	96
3.4.4	Tienjaarstermijn	97
3.4.5	Niet voldoen aan voorwaarden inspecteur	98
3.4.6	Voorwaarde II: Aangifte- en informatieverplichting	99
3.4.6.1	Wijzigingen feitencomplex (voorwaarde II.1)	99
3.4.6.2	Extra informatieverplichting (voorwaarde II.2)	100
3.4.6.3	Groepering van lichamen voor inkomstentoets (voorwaarde II.3)	102
3.4.7	Voorwaarde III: Bedrijfsmiddelen	103
3.4.7.1	Ter beschikking stellen bedrijfsmiddelen (voorwaarde III.1)	103
3.4.7.2	Sfeerovergang (voorwaarde III.2)	103
3.4.7.3	Zakelijke verrekenprijzen (voorwaarde III.3)	106
3.4.7.4	Gespreide afrekening herwaarderingswinst (voorwaarde III.4)	107
3.4.8	Voorwaarde IV: Beleggingen met het oog op de verwerving van deelnemingen	108
3.4.9	Voorwaarde V: Doel en strekking van de regeling, alsmede invordering	108
3.4.9.1	Omvang overnamekas binnen fiscale eenheid (voorwaarde V.1)	109
3.4.9.2	Financieringsactiviteiten binnen fiscale eenheid (voorwaarde V.2)	109
3.4.9.3	Meerdere financieringslichamen (voorwaarde V.3)	109
3.4.9.4	Volgorde dotaties en onttrekkingen (voorwaarde V.4)	110
3.4.9.5	Betrokkenheid bij fusie of fiscale eenheid (voorwaarde V.5)	111
3.4.9.6	Ontvoeging fiscale eenheid (voorwaarde V.6)	113
3.4.9.7	Onbelaste onttrekking (voorwaarde V.7)	113
3.4.9.8	Indirecte investering via Nederlands concernlichaam (voorwaarde V.8)	114

3 4 9 9	Indirecte investering via verbonden lichaam (voorwaarde V 9)	114
3 4 9 10	Vervreemdingsverbod (voorwaarde V 10)	115
3 4 9 11	Uitbreiding uitgezonderde aandelen (voorwaarde V 11)	115
3 4 9 12	Zeker stellen belastingclaim reserve (voorwaarde V 12)	115
3 4 9 13	Vrijwillige opheffing reserve (voorwaarde V 13)	116
3 4 10	Voorwaarde VI Verliezen	116
3 4 10 1	Keuzemogelijkheid bij verliezen (voorwaarde VI 1)	117
3 4 10 2	Manipulatie liquidatieverlies (voorwaarde VI 2)	117
3 4 10 3	Aanvang overgangsperiode (voorwaarde VI 3)	117
3 4 10 4	Omzetting vaste inrichting in deelneming (voorwaarde VI 4)	117
3 4 11	Voorwaarde VII Eigen vermogen	118
3 4 12	Voorwaarde VIII Aantasting grondslag	120
3 4 12 1	Aantasting Nederlandse grondslag (voorwaarde VIII 1)	121
3 4 12 2	Verlaging in Nederland belastbare winst (voorwaarde VIII 2)	121
3 4 13	Voorwaarde IX Buitenlandse bronheffingen	124
3 4 13 1	Doorschuiфverbod (voorwaarde IX 1)	124
3 4 13 2	Voorkomingsbreuk (voorwaarde IX 2)	126
3 4 13 3	Gezamenlijke methode (voorwaarde IX 3)	127
4	Risico's	131
4 1	Inleiding	131
4 2	Financieringsactiviteiten	132
4 2 1	Inleiding	132
4 2 2	Financiering van bedrijfsmiddelen	134
4 2 2 1	Begrip 'bedrijfsmiddel'	134
4 2 2 2	Kostprijs bedrijfsmiddel	136
4 2 2 2 1	Kosten van verbetering	137
4 2 2 2 2	Kosten van onderhoud	137
4 2 2 2 3	Desinvestering bedrijfsmiddel	138
4 2 2 2 4	Kostprijs bedrijfsmiddel in relatie tot vervangingsreserve	138
4 2 2 3	Tijdstip van investeren	138
4 2 3	Financiering van bedrijfsmatige activiteiten	139
4 2 4	Financiering deelnemingen	140
4 2 4 1	Begrip 'deelnemingen in de zin van art 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid'	143
4 2 4 1 1	Deelneming in de zin van art 13, tweede lid, eerste volzin	143
4 2 4 1 2	Niet-onderworpen deelnemingen	145
4 2 4 1 3	Deelnemingen in de zin van art 13, derde lid	145
4 2 4 1 4	Niet-aftrekbare kosten ex art 13, eerste lid	146
4 2 4 2	Onderscheid financieringsactiviteit en houden van deelneming	147
4 2 4 3	Geldlening leidt niet tot onbelaste afname risicoreserve	149

4 2 5	Ter beschikking stellen gebruiksrecht van bedrijfsmiddel	150
4 2 5 1	Begrip 'ter beschikking stellen'	150
4 2 5 1 1	Verhuur	151
4 2 5 1 2	Operational lease	151
4 2 5 1 3	Financial lease	152
4 2 5 1 4	Sale-lease-back	152
4 2 5 1 5	Vruchtgebruik	152
4 2 5 1 6	Bruikleen	153
4 2 5 2	Begrip 'gebruik of gebruiksrecht'	153
4 2 6	Uitbreiding begrip 'financieringsactiviteiten'	153
4 2 6 1	Betekenis uitlatingen tijdens parlementaire behandeling	154
4 2 6 2	Financieel-administratieve dienstverlening	155
4 2 6 3	Controllersactiviteiten	155
4 2 6 4	Factoring	156
4 2 6 5	Borgtocht	156
4 2 6 6	Valutarisicobeheer	158
4 2 6 7	Geldstroombeheer (netting)	158
4 2 6 8	Samenhang met financieringsactiviteiten	159
4 2 7	Financieringsactiviteiten binnen CFA-lichaam	160
4 2 7 1	Leningverstrekking binnen CFA-lichaam	162
4 2 7 2	Ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen binnen CFA-lichaam	164
4 2 7 3	Administratieve dienstverlening binnen CFA-lichaam	165
4 2 8	Financieringsactiviteiten aan buitenlandse concernlichamen	166
4 2 9	Financieringsactiviteiten buiten concern	166
4 2 10	Beleggen	168
4 2 11	Omvang financieringsactiviteiten	169
4 2 12	Risico's financieringsactiviteiten	169
4 3	Het houden van deelnemingen	170
4 3 1	Inleiding	170
4 3 2	Deelneming in de zin van art 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid	170
4 3 3	Onderscheid financieringsactiviteit en houden van deelneming	172
4 3 4	Risico's kwalificerende deelneming	172
4 4	Buitenlandse vaste inrichting	172
4 4 1	Inleiding	172
4 4 2	Vaste inrichting	173
4 4 3	Beleggingskarakter	174
4 4 4	Risico's buitenlandse vaste inrichting	175
5	Dotatie	177
5 1	Inleiding	177
5 2	Concernfinancieringswinst	178

5 2 1	Inleiding	178
5 2 2	Winst behaald met concernfinancieringsactiviteiten	179
5 2 2 1	Kostentoerekening	179
5 2 2 2	In Nederland belastbare winst van CFA-lichaam	183
5 2 2 3	Onttrekkingen niet tot concernfinancieringswinst	185
5 2 2 4	Resultaat financieringsactiviteiten	186
5 2 2 4 1	Vervreemdingswinst ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen	186
5 2 2 4 2	Passieve doorstroomvennootschappen	187
5 2 2 4 3	Herstel risicoreserve na overtreding vijfjaars vervreemdingsverbod	188
5 2 2 5	Preferente aandelen	189
5 2 2 6	Uitzondering verliezen CFA-lichaam	190
5 2 2 7	Compartimentering bij steerovergang	191
5 2 3	Voordelen samenhangende met eerdere onttrekking	193
5 2 3 1	Positief voordeel ten laste van de winst	194
5 2 3 2	Begrip 'positieve voordelen'	198
5 2 3 2 1	Opwaarderingswinst leningen	199
5 2 3 2 2	Opwaarderingswinst deelnemingen	200
5 2 3 2 3	Inhaalregeling en art. 13c Wet Vpb 1969	201
5 2 3 3	Tot de in Nederland belastbare winst van ander concernlichaam	203
5 2 3 4	Risico's eerste lid	204
5 2 3 5	Keuzemogelijkheid	205
5 2 4	Volgorde dotaties	206
5 3	Overnamekas	207
5 3 1	Inleiding	207
5 3 2	Begrip 'opbrengsten'	208
5 3 3	Kortlopende beleggingen	210
5 3 4	Kwalitatief criterium	212
5 3 4 1	Parlementaire geschiedenis	214
5 3 4 2	Invloed van kwantitatieve norm op toetsing kwalitatieve norm	216
5 3 5	Kwantitatief criterium	216
5 3 5 1	25% van beurs- of marktwaarde	217
5 3 5 2	100% van uitstaande leningen en deelnemingen	220
5 3 5 2 1	Bedrag van uitstaande leningen	220
5 3 5 2 2	Waarde van buitenlandse deelnemingen	220
5 3 5 2 3	Waarde van binnenlandse deelnemingen	222
5 3 5 2 4	Toerekening van schulden	223
5 3 6	Peildatum	224
5 3 7	Niet voldoen aan kwalitatieve of kwantitatieve norm	225
5 3 8	Nevenactiviteit van financieringsactiviteit	225
5 3 9	Substancevoorwaarden	227
5 4	Verhoging percentage van 80% naar 100%	227

5 4 1	Inleiding	227
5 4 2	Valutawinsten	228
5 4 2 1	Positief voordeel	229
5 4 2 2	Valutaresultaat concernfinancieringsactiviteiten	230
5 4 2 3	Resultaat valuta-afdekinstrumenten	231
5 4 3	Voordelen samenhangend met eerdere onttrekking	233
5 4 3 1	Voordeel van ander concernlichaam	233
5 4 3 2	Voordeel van CFA-lichaam	233
5 4 3 3	Positieve voordelen	234
5 4 3 4	Doch ten hoogste voor het laatstbedoelde bedrag	234
5 4 3 5	Samenloop met valutawinsten	236
5 5	Beperking dotatiemogelijkheid	236
5 5 1	Inleiding	236
5 5 2	80% van belastbaar bedrag	237
5 5 2 1	Toevoegingen en onttrekkingen buiten aanmerking	237
5 5 2 2	Invloed verlies voorgaande jaren	238
5 5 2 3	Invloed verlies financieringsactiviteiten	239
5 5 2 4	Invloed resultaat overige activiteiten	240
5 5 2 5	Invloed positieve voordelen op belastbaar bedrag	240
5 5 3	Overschrijding vermogens- of inkomstennorm	242
5 5 4	Beeindiging reserve	242
6	Onttrekking	243
6 1	Inleiding	243
6 2	Belaste onttrekking	244
6 2 1	Inleiding	244
6 2 2	Verliezen ter zake van risico's eerste lid	245
6 2 2 1	Begrip 'verliezen'	245
6 2 2 1 1	Onderscheid tussen verliezen en kosten	245
6 2 2 1 2	Negatieve winst ten laste van risicoreserve?	247
6 2 2 1 3	Verband tussen verlies en activiteit	249
6 2 2 2	Verliezen uit financieringsactiviteiten	250
6 2 2 2 1	Verliezen uit financiering van bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen	250
6 2 2 2 2	Verliezen uit ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen	251
6 2 2 2 3	Verlies uit complementaire financieringsactiviteiten	253
6 2 2 3	Verliezen uit deelnemingen	254
6 2 2 4	Verliezen uit aansprakelijkstelling	255
6 2 2 4 1	Aansprakelijkheid krachtens borgtocht	257
6 2 2 4 2	Aansprakelijkheid ingevolge garantie	258
6 2 2 4 3	Aansprakelijkheid ingevolge art 2 403 BW	259

6 2 2 4 4	Aansprakelijkheid als bestuurder	260
6 2 2 4 5	Aansprakelijkheid ingevolge onrechtmatige daad	261
6 2 2 4 6	Aansprakelijkheid op grond van vereenzelving	262
6 2 2 4 7	Fiscale aansprakelijkheid	263
6 2 2 5	Verliezen uit buitenlandse vaste inrichting	264
6 2 2 6	Verlies uit overnamekas	265
6 2 2 7	Realisatie verlies	265
6 2 2 8	Verlies van ander concernlichaam	266
6 2 2 9	Keuzemogelijkheid	269
6 2 2 10	Compartimentering bij sfeerovergang	271
6 2 2 11	Overgangsregeling	274
6 2 3	Vrijwillige beëindiging reserve	275
6 2 3 1	Voorwaarden gedurende vijfjaarsperiode	276
6 2 3 1 1	Voorwaarden eerste lid	276
6 2 3 1 2	Voorwaarden inspecteur	277
6 2 3 1 3	Ophouden in Nederland belastbare winst te genieten	278
6 2 3 2	Niet voldoen aan voorwaarden	279
6 2 3 3	Tijdstip toevoeging aan winst	279
6 2 3 4	Onttrekkingen gedurende vijfjaarsperiode	280
6 2 3 5	Toevoeging maximaal het belastbaar bedrag	281
6 2 3 6	Samenloop met zevende lid	282
6 2 4	Verplichte beëindiging reserve	283
6 2 4 1	Ophouden in Nederland belastbare winst te genieten	284
6 2 4 1 1	Feitelijke leiding naar buitenland, vaste inrichting in Nederland	284
6 2 4 1 2	Feitelijke leiding en gehele onderneming naar buitenland	285
6 2 4 1 3	Feitelijke leiding in Nederland, gehele onderneming naar buitenland	286
6 2 4 1 4	Beëindiging buitenlandse belastingplicht	286
6 2 4 1 5	Samenloop met art 16 Wet IB 1964	287
6 2 4 2	Voorwaarden eerste lid en voorwaarden inspecteur	287
6 2 4 3	Tijdstip toevoeging aan winst	288
6 2 4 4	Niet voldoen gewijzigde voorwaarden inspecteur	289
6 2 5	Volgorde onttrekkingen	289
6 3	Onbelaste onttrekking	290
6 3 1	Inleiding	290
6 3 2	Investering in deelneming	291
6 3 2 1	Directe of indirecte kapitaalstorting of verwerving van aandelen	292
6 3 2 1 1	Kostprijs van te verwerven deelneming	292
6 3 2 1 2	Informele kapitaalstorting	293
6 3 2 1 3	Indirecte investering in een deelneming	294

6 3 2 1 4	Lening kwalificeert niet	295
6 3 2 1 5	Verschillende investeringssituaties	297
6 3 2 2	Belang bij Nederlands concernlichaam	298
6 3 2 3	Investing in lichaam	300
6 3 2 4	Gefinancierd uit financieringsvermogen	301
6 3 2 5	Afboeking van opgeofferd bedrag	305
6 3 2 6	Vervreemdingsverbod	307
6 3 2 6 1	Samenloop met art 13ca Wet Vpb 1969	311
6 3 2 6 2	Samenloop met art 13d Wet Vpb 1969	312
6 3 2 7	Wezenlijke uitbreiding	312
6 3 3	Verhoging percentage van 50% naar 100%	314
6 3 3 1	Aansprakelijkstelling concern of concernlichaam	315
6 3 3 2	Risicovolle deelneming	317
7	Capita selecta	319
7 1	Inleiding	319
7 2	Fiscale eenheid	319
7 2 1	Inleiding	319
7 2 2	Onderscheid (CFA-)lichaam en belastingplichtige	320
7 2 3	Voorwaarden vorming risicoreserve	321
7 2 4	Financieringswinst	323
7 2 4 1	Financieringsactiviteiten binnen fiscale eenheid	323
7 2 4 2	Financieringsactiviteiten van fiscale eenheid ten behoeve van concernlichamen	324
7 2 4 3	Positief voordeel samenhangend met eerdere onttrekking	325
7 2 5	Overnamekas	326
7 2 5 1	Plafond overnamekas	326
7 2 5 2	Omvang overnamekas	328
7 2 6	Beperking dotatiemogelijkheid	328
7 2 7	Belaste onttrekking	329
7 2 7 1	Activiteiten binnen fiscale eenheid	329
7 2 7 2	Activiteiten van fiscale eenheid ten behoeve van concernlichamen	329
7 2 8	Onbelaste onttrekking	330
7 2 8 1	Investing binnen fiscale eenheid	330
7 2 8 2	Investing door fiscale eenheid in deelneming	331
7 2 9	Verbreking fiscale eenheid	333
7 2 9 1	Opgeofferd bedrag	333
7 2 9 2	Risicoreserve volgt CFA-lichaam	333
7 2 9 3	Toepassing 12e standaardvoorwaarde	334
7 2 9 4	Toepassing 16e standaardvoorwaarde	335
7 3	Kapitaalsbelasting	337
7 4	Commerciële jaarrekening	340

Deel II Algemene beschouwing van de concernfinancieringsregeling	343
8 Nationale context	345
8.1 Inleiding	345
8.2 Instrumentele functie	346
8.3 Gelijkheidsbeginsel	347
8.3.1 Inleiding	347
8.3.2 Beperking door vierlanden- of tweecontinenteneis	348
8.3.3 Beperking dotatiemogelijkheid tot internationale activiteiten	348
8.3.4 Beperking dotatiemogelijkheid tot financieringsactiviteiten en opbrengst overnamekas	351
8.3.5 Beperking onttrekkingsverplichting tot concernfinancierings- en houdsterisico's	351
8.4 Grondslag risicoreserve	352
8.5 Fiscaal winstbegrip	357
8.5.1 Inleiding	357
8.5.2 Totale winst	357
8.5.3 Jaarwinst	359
8.5.4 Plaats van risicoreserve in fiscale winstbegrip	362
8.5.4.1 Omvang risicoreserve	362
8.5.4.2 Risico's risicoreserve	363
8.5.4.3 Vrijval risicoreserve	365
9 Internationale ontwikkelingen	367
9.1 Inleiding	367
9.2 Steunmaatregelen ex art. 87 EG-Verdrag	370
9.2.1 Inleiding	370
9.2.2 Ongeoorloofde maatregel	371
9.2.2.1 Het begrip 'steunmaatregel'	372
9.2.2.2 Van de staat of met staatsmiddelen bekostigd	373
9.2.2.3 Begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties	374
9.2.2.3.1 Afwijkende belastingmaatregel	376
9.2.2.3.2 Beperkt tot welbepaalde gebieden	377
9.2.2.3.3 Objectieve en horizontale criteria	378
9.2.2.3.4 Beperking in de tijd	380
9.2.2.4 Vervalsing van mededinging	381
9.2.2.5 Ongunstige beïnvloeding van handelsverkeer tussen lidstaten	381
9.2.3 Verenigbare steunmaatregelen	383
9.2.4 Verbodshandhaving	385
9.2.4.1 Inleiding	385
9.2.4.2 Preventieve controle	386

9.2.4.3	Repressieve controle	387
9.2.4.4	Aanmelding concernfinancieringsregeling	388
9.2.4.5	Informatieverstrekking op verzoek van Commissie	388
9.2.5	Gevolgen van verboden maatregel	389
9.2.5.1	Inleiding	389
9.2.5.2	Terugwerkende kracht	390
9.2.5.3	Terugvorderingsmogelijkheid	391
	9.2.5.3.1 Nationale wetgeving	391
	9.2.5.3.2 Gemeenschapsrecht	394
9.2.5.4	Schadevergoeding	395
9.3	Gedragscode	398
9.3.1	Inleiding	398
9.3.2	Daadwerkelijk lager belastingniveau	400
9.3.3	Uitsluitend toepassing niet-ingezetenen of transacties met niet-ingezetenen	401
9.3.3.1	Toepassing niet-ingezetenen	401
9.3.3.2	Transacties met niet-ingezetenen	402
9.3.4	Gevolgen voor nationale belastinggrondslag	403
9.3.5	Daadwerkelijke economische activiteit	404
9.3.6	Winstbepaling van intra-groep activiteiten	405
9.3.6.1	Verrekenprijzen	405
9.3.6.2	Winstbepaling	406
9.3.7	Transparantie	407
9.3.8	Gevolgen van schadelijke belastingmaatregel	408
9.4	OECD-rapport	409
9.5	WTO-overeenkomst	413
10	Financieringsregeling in België en Ierland	419
10.1	Inleiding	419
10.2	België	419
10.3	Ierland	422
10.4	Vergelijking met concernfinancieringsregeling	425
11	Samenvatting en conclusies	427
11.1	Inleiding	427
11.2	Karakter risicoreserve	427
11.3	Subject en substancevoorwaarden	428
11.4	Concern	429
11.5	Vermogenstoets	430
11.6	Inkomstentoets	431
11.7	Voorwaarden inspecteur	432
11.8	Concernfinancieringsactiviteiten	433

11.9	Dotatie	435
11.9.1	Concernfinancieringswinst	436
11.9.2	Overnamekas	438
11.9.3	Verhoging percentage van 80% naar 100%	440
11.9.4	Beperking dotatiemogelijkheid	441
11.10	Ottrekking	442
11.10.1	Belaste ottrekking ter zake van verliezen	443
11.10.2	Belaste ottrekking naar 10%-tarief bij vrijwillige beëindiging	445
11.10.3	Belaste ottrekking naar regulier tarief bij verplichte beëindiging	446
11.10.4	Onbelaste ottrekking ter zake van investering in deelneming	447
11.11	Fiscale eenheid	451
11.12	EG-Verdrag	452
11.13	Gedragscode	454
11.14	OECD-rapport	455
11.15	WTO-overeenkomst	456
11.16	Voorstel tot aanpassing concernfinancieringsregeling	457
11.17	Eindoverweging	460
	Summary	463
	Bijlagen	469
I	Parlementaire stukken wetsvoorstel nr. 24 696	471
II	Art. 15B Wet op de vennootschapsbelasting 1969	475
III	Art. 2A en 2B Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971	479
IV	Modelbeschikking	483
	Lijst van aangehaalde literatuur	493
	Register van aangehaalde jurisprudentie en resoluties	509
	Trefwoordenregister	519
	Curriculum vitae	523

Lijst van gebruikte afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
art	artikel
ASCM	Agreement on Subsidies and Countervailing Measures
AWB	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
B	Beslissingen in belastingzaken (tot 1953)
BCC	Belgisch coördinatiecentrum
BEF	Belgische frank
Besluit IB 1941	Besluit op de inkomstenbelasting 1941
blz	bladzijde
BNB	Beslissingen in Belastingzaken Nederlandse Belasting-rechtspraak (vanaf 1953)
BRK	Belastingregeling voor het Koninkrijk
BV	besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
Bvdb 1989	Besluit voorkoming dubbele belasting 1989
BW	Burgerlijk Wetboek
CFA-lening	lening verstrekt door CFA-lichaam aan concernlichaam, welke kwalificeert als financieringsactiviteit in de zin van art 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969
CFA-lichaam	het lichaam dat de financieringsactiviteiten verricht en welke de reserve in de zin van art 15b, Wet Vpb 1969, mag vormen
EG	Europese Gemeenschap
EG-Verdrag	Verdrag tot oprichting van de Europese gemeenschap
EK	Eerste Kamer der Staten-Generaal
EU	Europese Unie
FED	Fiscaal weekblad FED
GATT	General Agreement of Tariffs and Trade 1994
GATS	General Agreement on Trade in Services
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IFA	International Fiscal Association
IFSC	International Financial Services Centre

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
jo.	juncto
Jurisprudentie	Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
KB	Koninklijk Besluit
lk.	linkerkolom
MBB	Maandblad Belastingbeschouwingen
nr.	nummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NTER	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
NV	naamloze vennootschap
De NV	De Naamlooze Vennootschap (tot 1999)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OESO	Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling
PB	Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen
P-G	Procureur-Generaal
rk.	rechterkolom
Stb.	Staatsblad van het koninkrijk der Nederlanden
Stcrt.	Staatscourant
TFO	Tijdschrift Fiscaal Ondernemingsrecht
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TRIPS	Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen (tot 1999)
V-N	Vakstudie Nieuws
Uitvoeringsbeschikking	Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971
Weekblad	Weekblad fiscaal recht
Wet BRV	Wet op belastingen van rechtsverkeer
Wet IB 1914	Wet op de inkomstenbelasting 1914
Wet IB 1964	Wet op de inkomstenbelasting 1964
Wet IB 2001	Wet inkomstenbelasting 2001
Wet RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Wet VB 1964	Wet op de vermogensbelasting 1964
Wet Vpb. 1969	Wet op de vennootschapsbelasting 1969
WIR	Wet investeringsrekening
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WTO	World Trade Organization

1 Inleiding

Deze studie beoogt de achtergrond, het functioneren en de aanvaardbaarheid van de risicoreserve te onderzoeken. De faciliteit voor de vorming van een risicoreserve is per 24 december 1996 opgenomen in art. 15b Wet Vpb 1969. Deze regeling biedt aan internationaal opererende concerns de mogelijkheid ten laste van hun fiscale winst een reserve te vormen voor risico's die verband houden met concernfinancierings- en houdsteractiviteiten. De wetgever tracht met de invoering van de risicoreserve Nederlandse multinationals te stimuleren hun buitenlandse, veelal laag belaste, groepsfinancieringsmaatschappijen naar Nederland te verplaatsen. In het verleden is het eigen vermogen van Nederlandse concernonderdelen veelal ondergebracht in een concernmaatschappij in een tax haven,¹ waarna het vermogen vanuit de tax haven wordt teruggeleend aan de in Nederland gevestigde concernlichamen. Door het omzetten van eigen vermogen van de Nederlandse concernonderdelen in vreemd vermogen, wordt de Nederlandse belastinggrondslag aangetast. De rente-inkomsten ter zake van de financiering van de Nederlandse concernlichamen vloeien immers naar de relatief laag belaste tax havenvennootschap, terwijl de rentelast bij de desbetreffende concernmaatschappij doorgaans aftrekbaar is tegen het reguliere belastingtarief.

Het voorstel tot invoering van de risicoreserve maakte onderdeel uit van het wetsvoorstel 'Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur', dat op 23 april 1996 aan de Tweede Kamer is aangeboden. Het karakter van dit wetsvoorstel was tweeledig. In de eerste plaats wenste de wetgever de uitholling van de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag door middel van ongewenste rentestructures tegen te gaan. Daartoe is de invoering van art. 10a en 15, vierde lid, Wet Vpb. 1969, voorgesteld. Daarnaast trachtte de wetgever met deze wettelijke regeling de fiscale infrastructuur te verbeteren. Het belangrijkste element daarvan is de invoering van de concernfinancieringsregeling in art. 15b Wet

1. Een tax haven is in het Voorontwerp van wet evenwichtige behandeling internationale fiscale verhoudingen, gedefinieerd als een mogendheid waar een winstbelasting wordt geheven van minder dan 15%, of waar weliswaar in beginsel een winstbelasting wordt geheven van ten minste 15%, doch in het specifieke geval door een keuzemogelijkheid, een vrijstelling, of het van toepassing zijn van een bijzonder regime de belastingdruk voor de betrokken onderneming lager uitvalt dan dit percentage (V-N 1993, blz 2432)

Vpb. 1969, als gevolg waarvan onder bepaalde voorwaarden de vorming van een risicoreserve wordt toegestaan. Laatstgenoemde maatregel tot invoering van de concernfinancieringsregeling, is geflankeerd door een aanscherping van de voorwaarden in art. 13, tweede lid, waarin de toepassing van de deelnemingsvrijstelling ten aanzien van buitenlandse concernfinancieringsmaatschappijen is geregeld. Op 11 december 1996 is de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel afgerond. De wet treedt in werking met ingang van 24 december 1996, en is van toepassing vanaf het boekjaar dat aanvangt op of na 24 december 1996.

De politieke discussie over de verbetering van de fiscale infrastructuur en het afroemen van de Nederlandse belastinggrondslag door middel van de zogenaamde tax havens wordt reeds sinds de jaren tachtig gevoerd.² De gevoerde discussie mondde in 1992 uit in de zogenaamde nota Fiscaal vestigingsklimaat van de staatssecretaris van Financiën.³ Deze oriëntatienota leidde medio 1993 tot een voorontwerp van wet,⁴ waarin met name de aftrek van rentebetalingen aan tax havenvennootschappen werd beperkt en de deelnemingsvrijstelling werd uitgesloten voor lichamen die in een tax haven zijn gevestigd. Als gevolg van de vele kritiek is dit voorontwerp weer ingetrokken. Als uitloei van de oriëntatienota is op 8 maart 1994 de Werkgroep Fiscale Infrastructuur geformeerd, welke onderverdeeld is in een tweetal subwerkgroepen.⁵ Deze werkgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van het Ministerie van Financiën en het bedrijfsleven, had tot taak een analyse te maken van knelpunten in de fiscale infrastructuur en mogelijke verbeteringen aan te geven. Subwerkgroep II heeft zich gericht op de knelpunten in de deelnemingsvrijstelling en het tegengaan van de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag.⁶ Voorts heeft deze werk-

2. Zie onder meer TK, vergaderjaar 1989-1990, 19 968, nr. 17, Motie van het lid Van Amelsvoort c.s., waarin bij de herziening van de deelnemingsvrijstelling om een onderzoek wordt gevraagd naar de gerechtvaardigheid van handhaving van de deelnemingsvrijstelling ter zake van deelnemingen die in een tax haven zijn gevestigd

3. TK, vergaderjaar 1992-1993, 22 860, nr. 2, Nota

In deze oriëntatienota merkt de staatssecretaris op dat Nederland zich niet moet vergelijken met België en al die andere landen die specifieke maatregelen nemen om bedrijven met specifieke fiscale maatregelen naar hun land te lokken. Nederland zou volgens de staatssecretaris niet gebaat zijn met tax havenachtige maatregelen. Gefaciliteerde regimes zouden de regering er bovendien toe kunnen nopen compensatie bij andere belastingplichtigen te zoeken, met alle bezwaren van dien. Opmerkelijk is dat enige jaren later de invoering van de concernfinancieringsfaciliteit is voorgesteld, waarmee de wetgever beoogt het internationaal bedrijfsleven te stimuleren haar concernfinancieringsactiviteiten naar Nederland te verplaatsen.

4. Voorontwerp van wet evenwichtige behandeling internationale fiscale verhoudingen, V-N 1993, blz 2423-2441. Zie voor nader commentaar op dit voorontwerp J.A.G. van der Geld, Het voorontwerp evenwichtige behandeling van internationale fiscale verhoudingen, Weekblad 1993, blz. 1555-1567

5. Persbericht Ministerie van Financiën 8 maart 1994, nr. 26, V-N 17 maart 1994

6. De werkgroep heeft voor de invulling van de wijze waarop de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag kan worden tegengegaan, de jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van *fraus legis* als richtsnoer genomen. Met name de arresten van 10 maart 1993, BNB 1993/196 en BNB 1993/1997, en de arresten HR 23 augustus 1995, BNB 1996/3, HR 6 september 1995, BNB 1996/4, HR 20 september 1995, BNB 1996/5, en HR 27 september 1995, BNB 1996/6, zijn hierbij van belang. Het voorstel tot het tegengaan van de uitholling van de grondslag door middel van *renteconstructies*, heeft geresulteerd in een wettelijke regeling zoals opgenomen in art. 10a en 15, vierde lid, Wet Vpb 1969.

groep een regeling ontwikkeld die tegemoetkomt aan de specifieke risico's die verbonden zijn aan het internationaal opereren van in Nederland gevestigde ondernemingen die in verschillende landen opereren en de daarmee samenhangende financieringsrisico's. Op 19 januari 1996 heeft deze werkgroep een rapport uitgebracht waarin enige voorstellen zijn opgenomen. Met name dit rapport heeft bijgedragen aan de totstandkoming van het wetsvoorstel 'Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur', zoals dat op 23 april 1996 aan de Tweede Kamer is aangeboden.

Wie kan een fiscale risicoreserve vormen? De risicoreserve kan onder bepaalde voorwaarden worden gevormd door binnenlandse en buitenlandse belastingplichtige lichamen in de zin van art. 2 en 3 Wet Vpb. 1969. Het lichaam dat een risicoreserve vormt dient ingevolge art. 15b, eerste lid, deel uit te maken van een internationaal werkzaam concern, en het moet, uitsluitend vanuit Nederland, financieringsactiviteiten verrichten ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten. Bovendien dient het CFA-lichaam te voldoen aan de vermogens- en inkomstentoets van art. 15b, tweede lid, Wet Vpb. 1969. Deze toetsen benadrukken het internationale karakter van de concernfinancieringsregeling. Zo stelt de vermogenstoets een limiet aan het financieringsvermogen dat het CFA-lichaam ten behoeve van Nederlandse concernlichamen mag aanwenden, en stelt de inkomstentoets dat een bepaald gedeelte van het concernfinancieringsinkomen uit het buitenland afkomstig moet zijn. Naast deze wettelijke voorwaarden van art. 15b, eerste en tweede lid, zal ook de inspecteur voorwaarden stellen aan de vorming van een risicoreserve. In art. 15b, achtste lid, zijn de grenzen aangegeven waarbinnen de voorwaarden gesteld kunnen worden. Behalve de wettelijke voorwaarden van art. 15b, en de door de inspecteur te stellen voorwaarden, dient het lichaam dat de risicoreserve vormt (CFA-lichaam) volgens de staatssecretaris bovendien te voldoen aan bepaalde (niet op de wettekst gebaseerde) substancevoorwaarden. Zo stelt de staatssecretaris onder meer als voorwaarde dat het CFA-lichaam als centrale spil van het gehele (multinationale) concern moeten fungeren voor de binnen dat concern verrichte financieringsactiviteiten. Dit betekent dat in beginsel alle concernfinancieringsactiviteiten gecentraliseerd moeten zijn in het CFA-lichaam.

Wat kan er worden gedoteerd aan de risicoreserve? Het CFA-lichaam kan 80% van zijn vanuit Nederland behaalde concernfinancieringswinst, alsmede 80% van de opbrengst van de kortlopende beleggingen die worden aangehouden in verband met mogelijke overnames, toevoegen aan de risicoreserve. Deze reservering komt ten laste van de jaarwinst van het CFA-lichaam. Concernfinancieringswinst is het resultaat dat het CFA-lichaam behaalt met financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van tot het concern behorende lichamen. Onder concernfinancieringsactiviteiten worden de volgende activiteiten verstaan:

- het verstrekken van geldleningen aan concernlichamen die de lening aanwenden voor de financiering van materiele en immateriele bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen,
- het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van een materieel of immaterieel bedrijfsmiddel binnen concern,
- complementaire financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen, zoals interne en externe verslaglegging, auditing, factoring, netting en valutarisatiebeheer

Behalve het resultaat van voornoemde activiteiten, kan het CFA-lichaam ook het resultaat van de beleggingen die behoren tot de overnamekas aan de risicoreserve doteren. Ook deze reservering komt ten laste van de jaarwinst van het CFA-lichaam. Tot de overnamekas behoren de kortlopende beleggingen die worden aangehouden met het oog op mogelijke overnames. In art. 2a Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971 is bepaald wanneer kortlopende beleggingen tot de overnamekas behoren. Ofschoon de risicoreserve niet wordt gevormd voor risico's die samenhangen met het aanhouden van de overnamekas, een eventueel verlies op de beleggingen behoeft namelijk niet ten laste van de risicoreserve te komen, wordt de omvang van de risicoreserve wel mede bepaald door de opbrengst van de overnamekas.

De omvang van de risicoreserve wordt mitsdien bepaald door de omvang van de gerealiseerde concernfinancieringswinst en de opbrengst van de kortlopende beleggingen. De grootte van de risicoreserve wordt niet afgemeten aan de daadwerkelijke risico's welke door het concern worden gelopen, en kan dus onbeperkt toenemen. Daar er evenmin een relatie is tussen de omvang van de risicoreserve en het vermogen van het CFA-lichaam, is er geen plafond gesteld aan de risicoreserve. Wel is de jaarlijkse dotatie aan de risicoreserve beperkt tot 80% van de concernfinancieringswinst plus 80% van de opbrengst van de overnamekas. Slechts voor bepaalde opbrengsten wordt het percentage verhoogd van 80 naar 100. Dit is het geval voor positieve valutavoordelen die worden behaald bij de financieringsactiviteiten of bij het aanhouden van de overnamekas, en voor positieve voordelen van de concernfinancieringswinst die samenhangen met een risico waarvoor in een eerder stadium reeds een bedrag uit de risicoreserve aan de winst is toegevoegd. Bij laatstgenoemde mogelijkheid kan gedacht worden aan opwaarderingwinst ter zake van een concernlening die in een eerder stadium is afgewaardeerd ten laste van de risicoreserve. De jaarlijkse dotatiemogelijkheid is voorts beperkt tot 80% van het belastbaar bedrag dat door het CFA-lichaam zou zijn genoten indien over dat jaar geen bedrag aan de risicoreserve zou zijn toegevoegd of onttrokken. Dit maximum komt aan de orde indien de concernfinancieringswinst meer bedraagt dan de totale belastbare winst van het CFA-lichaam, bijvoorbeeld door fiscale verliezen uit de overige activiteiten die drukken op de winsten uit concernfinancieringsactiviteiten.

Wat moet er worden onttrokken aan de risicoreserve? De risicoreserve wordt gevormd voor risico's die verband houden met concernfinancieringsactiviteiten, het houden van deelnemingen, en het drijven van ondernemingen met behulp van vaste inrichtingen buiten Nederland. Lijdt het lichaam dat de risicoreserve vormt of een ander Nederlands concernlichaam een verlies dat voortvloeit uit één van deze activiteiten, bijvoorbeeld een afwaardering van een verstrekte lening of een liquidatieverlies op een deelneming, dan dient een bedrag ter grootte van dit verlies aan de risicoreserve onttrokken te worden en aan de normaal belaste winst van het CFA-lichaam te worden toegevoegd. De toevoeging aan de winst bij het CFA-lichaam compenseert het verlies dat bij het CFA-lichaam of het andere concernlichaam ten laste van de Nederlandse winst is gebracht. Bij de realisatie van het verlies is voor het concern het verlies per saldo niet aftrekbaar. In een eerder stadium is voor dit verlies reeds een bedrag ten laste van de winst aan de risicoreserve gedoteerd. De belaste onttrekking aan de risicoreserve voorkomt dat een verlies tweemaal ten laste van de Nederlandse winst wordt gebracht, eenmaal bij de dotatie aan de risicoreserve, en een tweede maal bij de realisatie van het verlies. De vorming van een risicoreserve leidt tot uitstel van betaling van vennootschapsbelasting.

Wat mag er worden onttrokken aan de risicoreserve? Behalve voornoemde belaste onttrekkingen kan de risicoreserve ook onbelast afnemen. Een onbelaste vrijval van de risicoreserve is toegestaan bij kapitaalstortingen of verwervingen van aandelen in deelnemingen. Een onbelaste afname van de risicoreserve zal in het algemeen door de belastingplichtige als voordelig worden ervaren. Een onbelaste afname van de risicoreserve leidt namelijk tot afstel van belastingheffing. Voorts kan de risicoreserve vrijwillig worden opgeheven. Alsdan wordt de risicoreserve over vijf jaren in gelijke delen aan de winst toegevoegd. De jaarmoten zijn dan belast tegen 10%.

Uit het voorgaande volgt dat alleen het CFA-lichaam bedragen aan de risicoreserve kan doteren. Een onttrekking aan de risicoreserve vindt evenwel niet alleen plaats indien het CFA-lichaam een verlies lijdt, maar ook in het geval andere concernlichamen een verlies lijden. Behalve deze (subjectieve) asymmetrie ontbreekt het de concernfinancieringsregeling ook anderszins aan symmetrie tussen de dotatiemogelijkheid en de onttrekkingsverplichting. Zo wordt de omvang van de risicoreserve bepaald door de concernfinancieringswinst en de opbrengst van de overnamekas, terwijl de risicoreserve is gevormd voor risico's die samenhangen met concernfinancieringsactiviteiten, het houden van deelnemingen en het drijven van een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting. Lijdt het CFA-lichaam of een van de concernlichamen een verlies ter zake van het houden van deelnemingen of een verlies uit een buitenlandse vaste inrichting, dan moet een bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken worden, terwijl de winst die samenhangt met deze activiteiten niet aan de risicoreserve gedoteerd kan worden. Een dergelijke (objectieve) asymmetrie is ook zichtbaar bij de overnamekas. Zo behoeft een verlies ter zake van de overnamekas niet aan de reserve te worden onttrokken, terwijl de opbrengst van de overnamekas wel aan de risicoreserve gedoteerd kan worden.

Deze studie naar de achtergrond, het functioneren en de aanvaardbaarheid van de risicoreserve is fijnmazig ingedeeld. Hiermede tracht ik, met behulp van enige voorbeelden, de enigszins weerbarstige materie van de risicoreserve toegankelijk te maken. De fijnmazige indeling noodzaakt tot het ruimschoots gebruik van verwijzingen tussen de verschillende paragrafen. De studie kent twee delen. Deel I behandelt het fiscaal-technische karakter van de risicoreserve, en bestaat uit de hoofdstukken 2 tot en met 7. Laatstgenoemd hoofdstuk betreft een *capita selecta*, waarin een drietal met de risicoreserve samenhangende onderwerpen wordt behandeld. Onder meer worden de raakvlakken van de risicoreserve met het regime van de fiscale eenheid behandeld. Deel II bevat een algemene beschouwing van de concernfinancieringsregeling. Zo komt in hoofdstuk 8 de plaats van de risicoreserve in de Nederlandse belastingwetgeving aan de orde, en is hoofdstuk 9 gewijd aan de positie van de concernfinancieringsregeling in internationaal verband. Onder meer is een uiteenzetting gegeven van de plaats van de risicoreserve binnen de EU. De fiscale regelingen in andere landen ter zake van concernfinancieringsactiviteiten verschillen zodanig van het Nederlandse systeem dat ik een uitputtende rechtsvergelijking met andere landen weinig zinvol acht. Binnen Europa zijn slechts de Belgische regeling inzake de coördinatiecentra en de Ierse regeling ter zake van de International Financial Service Centre (IFSC) enigszins vergelijkbaar met de Nederlandse concernfinancieringsregeling. In hoofdstuk 10 zijn de Belgische en Ierse regeling kort uiteengezet. Hoofdstuk 11 is een samenvatting van alle voorgaande hoofdstukken. In dit hoofdstuk zijn tevens overwegingen en stellingen van schrijver dezes opgenomen. Hoofdstuk 11 is afgesloten met een voorstel tot aanpassing van de concernfinancieringsregeling en een eindoverweging.

Het manuscript is afgesloten op 1 november 2000. Literatuur en jurisprudentie zijn tot die datum verwerkt. Het per die datum geldende recht is behandeld. De Wet inkomstenbelasting 2001 blijft derhalve onbesproken. Een uitzondering is gemaakt voor het wetsvoorstel tot herziening van het regime fiscale eenheid. Vanwege de relevantie voor deze studie is aan dit wetsvoorstel wel enige aandacht besteed.

Deel I De werking van de risicoreserve

2 Subject

2.1 INLEIDING

Zowel binnenlandse als buitenlandse belastingplichtige lichamen in de zin van art. 2 en 3 Wet Vpb. 1969, kunnen een risicoreserve vormen indien aan de volgende voorwaarden is voldaan

- a de voorwaarden van art. 15b, eerste lid
 - het lichaam maakt deel uit van een internationaal werkzaam concern,
 - het lichaam verricht uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten,
 - het lichaam verricht de financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten,
- b de voorwaarden van art. 15b, tweede lid
 - de vermogenstoets,
 - de inkomstentoets,
- c de door de inspecteur te stellen voorwaarden op basis van art. 15b, achtste lid, en
- d de zogenaamde substancevoorwaarden

De vermogens- en inkomstentoets, welke toetsen het internationale karakter van de concernfinancieringsregelingen benadrukken, en de door de inspecteur te stellen voorwaarden komen aan bod in hoofdstuk 3. In dit hoofdstuk wordt bezien welke entiteiten een risicoreserve kunnen vormen. Zo is in § 2.2 het lichaamsbegrip behandeld zoals gebezigd in art. 15b, eerste lid. Aansluitend daarop zijn in § 2.3 de substancevoorwaarden besproken. Een CFA-lichaam dient volgens de staatssecretaris behalve aan de wettelijke voorwaarden van art. 15b, en de door de inspecteur te stellen voorwaarden, tevens te voldoen aan zogenaamde substancevoorwaarden. Pas tijdens de parlementaire behandeling in de Eerste Kamer is gebleken dat deze nadere voorwaarden door de staatssecretaris worden gesteld. De staatssecretaris stelt onder meer als voorwaarde dat het CFA-lichaam als centrale spil van het gehele (multinationale) concern moeten fungeren voor de binnen dat concern verrichte financieringsactiviteiten. Dit betekent dat in beginsel alle concernfinancieringsactiviteiten gecentraliseerd moeten zijn in het CFA-lichaam.

In § 2.4 is tenslotte het concernbegrip behandeld. Dit begrip neemt binnen de regeling van art. 15b een centrale plaats in. Om een risicoreserve te vormen moet een lichaam ingevolge art. 15b, eerste lid, immers deel uitmaken van een internationaal werkzaam concern. Voorts moet het CFA-lichaam financieringsactiviteiten verrichten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen.

2.2 LICHAAM

2.2.1 Inleiding

Art. 15b, eerste lid, Wet Vpb. 1969, bepaalt dat een lichaam een risicoreserve kan vormen. De term 'lichaam' zoals gebezigd in het eerste lid, moet op overeenkomstige wijze worden uitgelegd als het begrip in art. 1 Wet Vpb. 1969.¹ Volgens de memorie van toelichting bij art. 1 dient het woord 'lichaam' als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen van de vennootschapsbelasting.² Alle belastingplichtigen zijn opgenomen in art. 2 en 3 Wet Vpb. 1969 waarin respectievelijk de binnenlandse en buitenlandse belastingplichtige lichamen zijn opgesomd. Deze opsomming kan echter niet als een omschrijving van het begrip 'lichaam' worden beschouwd. Het is slechts een lijst met rechtsassociaties waarvan de wetgever heeft gemeend dat zij als belastingplichtigen moesten worden aangemerkt voor de vennootschapsbelasting.³ Het begrip 'lichaam' kan derhalve een ruimere kring van entiteiten beslaan dan welke zijn opgesomd in art. 2 en 3.⁴ Uit de verwijzing in art. 1 naar de opsomming in art. 2 en 3 kan worden afgeleid dat het in de vennootschapsbelasting – en daarmee ook in art. 15b – gebezigde begrip 'lichaam' de entiteiten omvat welke worden genoemd in de art. 2 en 3. Om daadwerkelijk een risicoreserve te kunnen vormen moet het lichaam wel aan de voorwaarden voldoen zoals bepaald in art. 15b, eerste en tweede lid, en aan de door de inspecteur te stellen voorwaarden.

Een afzonderlijk lichaam voor de financieringsactiviteiten is niet noodzakelijk. Ondanks het andersluidende oordeel van de Raad van State – zij voorzag uitvoerings-

1 TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 19: 'In art. 10a, tweede lid, dient het begrip lichamen, evenals in alle andere bepalingen van de wet, te worden opgevat conform hetgeen hieronder in art. 1 wordt verstaan.'

Hierbij merk ik op dat in art. 15b, eerste lid, het begrip lichamen onder meer in de zinsnede '... vanuit Nederland financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van tot het concern behorende lichamen welke zijn gevestigd in ... ten minste vier Mogendheden ...' een andere betekenis toekomt dan hetgeen in art. 1 hieronder wordt verstaan. In deze zinsnede wordt immers niet uitsluitend bedoeld op in Nederland belastingplichtige lichamen, maar ook op in het buitenland belastingplichtige lichamen.

2 TK, vergaderjaar 1959-1960, 6000, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 17 lk.

3 Ontleend aan J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Vermande Lelystad, 1996, blz. 18.

4 Het begrip 'lichaam' wordt ook gebruikt en gedefinieerd in art. 2, eerste lid, onderdeel b, AWR. De invulling die de AWR aan dit begrip geeft, geldt echter uitsluitend voor de AWR en kan derhalve afwijken van de interpretatie in de Wet Vpb. 1969.

problemen⁵ – kunnen ook andere activiteiten zoals houdster- of hoofdkantooractiviteiten, bedrijfsmatige activiteiten en beheer van kortlopende beleggingen naast de financieringsactiviteiten worden verricht.⁶ Uit praktische overwegingen kan het de voorkeur genieten de financierings- en houdsteractiviteiten in een afzonderlijk lichaam onder te brengen. Alsdan behoeft de concernfinancieringswinst niet afzonderlijk te worden bijgehouden. Uit fiscaal oogpunt kan een afzonderlijk lichaam zinvol zijn in de situatie dat de overige, niet-financieringsactiviteiten verlieslijdend zijn. De dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve wordt immers beperkt door verliezen uit deze overige activiteiten.⁷ Een ander fiscaal argument is dat een lichaam niet aan zichzelf kan lenen.⁸ In geval van een afzonderlijk CFA-lichaam kunnen de overige, niet-financieringsactiviteiten door het CFA-lichaam worden gefinancierd. De rentebaten kunnen aldus worden gedoteerd aan de risicoreserve.

2.2.2 Binnenlands belastingplichtigen

Een binnenlands belastingplichtig lichaam kan in beginsel een risicoreserve vormen. Een lichaam is binnenlands belastingplichtig op grond van de feitelijke plaats van vestiging of op grond van het feit dat het lichaam naar Nederlands recht is opgericht. Waar een lichaam feitelijk is gevestigd wordt naar omstandigheden, ofwel substance kenmerken, beoordeeld. Hierbij valt te denken aan de plaats van leidinggevende activiteiten, plaats van algemene vergadering van aandeelhouders, plaats van boekhouding, inschrijving handelsregister, aanhouden bankrekeningen en dergelijke.

Een naar Nederlands recht opgericht lichaam wordt ingevolge art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969, steeds geacht in Nederland te zijn gevestigd. Ongeacht de aanwezigheid van enige substance is een dergelijk lichaam binnenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting. Strikt genomen zou een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap zonder enige substance in Nederland, een risicoreserve kunnen vormen, ware het niet dat voor de vorming van een risicoreserve financieringsactiviteiten vanuit Nederland verricht moeten worden.⁹ Dergelijke activiteiten hebben automatisch enige substance in Nederland tot gevolg.

5. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. B, Advies van de Raad van State, blz. 10

6. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 29

Naar mijn mening kan het CFA-lichaam naast de financieringsactiviteiten ook het beheer van langlopende beleggingen verrichten. Deze beleggingen behoren noch tot het financieringsvermogen, noch tot de overnamekas, maar behoren tot het regulier belaste vermogen. Het uitsluitend verrichten van beleggingen, zoals bijvoorbeeld de doelstelling moet zijn van een beleggingsinstelling ex art. 28 Wet Vpb. 1969, is niet toereikend voor de vorming van een risicoreserve.

7. Ingevolge art. 15b, derde lid, Wet Vpb. 1969, bedraagt het aan de risicoreserve te doteren bedrag niet meer dan 80% van het belastbare bedrag van het lichaam. Voor een meer uitvoerige beschouwing zij verwezen naar § 5.5

8. Zie § 4.2.7.1.

9. Uitgebreid zie § 2.4.8

Om een risicoreserve te kunnen vormen moet een lichaam volgens de staatssecretaris aan zogenoemde nadere substancevoorwaarden voldoen. Het lichaam dient op grond van deze voorwaarden onder meer te beschikken over gekwalificeerd personeel met zelfstandige beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de financieringsactiviteiten. De vraag rijst welke substancevoorwaarden gesteld kunnen worden. De substancevoorwaarden zijn immers niet opgenomen in de wet of in de modelbeschikking van 2 oktober 1997, en zijn evenmin toegelicht tijdens de parlementaire behandeling. Indien de substancevoorwaarden niet rechtens gesteld kunnen worden, is het voor de vorming van een risicoreserve – afgezien van de wettelijke voorwaarden – in beginsel voldoende dat sprake is van een binnenlands belastingplichtig lichaam. Indien de kwalificatie als lichaam voldoende is om een risicoreserve te vormen, kunnen aan binnenlands belastingplichtige lichamen geen andere substancevoorwaarden worden gesteld dan vereist zijn om als een in Nederland gevestigd lichaam te worden aangemerkt. Voor een uitgebreide behandeling van de substancevoorwaarden zij verwezen naar § 2.3.

2.2.3 Buitenlands belastingplichtigen

Aanvankelijk voorzag het wetsvoorstel slechts in een concernfinancieringsregeling voor binnenlandse belastingplichtigen.¹⁰ Tijdens de parlementaire behandeling bleek echter de voorwaarde dat uitsluitend binnenlands belastingplichtigen een risicoreserve konden vormen, discriminerend te werken ten opzichte van in het buitenland gevestigde lichamen.¹¹ Teneinde de concernfinancieringsfaciliteit van haar discriminatoire karakter te ontdoen is in de nota naar aanleiding van het verslag aangegeven dat ook een buitenlands belastingplichtig lichaam een risicoreserve kan vormen.¹² Bij het bepalen van de Nederlandse winst voor buitenlands belastingplichtigen wordt derhalve ook art. 15b in acht genomen.¹³

10. Art. 18, tweede lid, Wet Vpb 1969, verklaart een aantal artikelen uit hoofdstuk II van de Wet Vpb. 1969 van toepassing op buitenlands belastingplichtigen. Voor de bepaling van de Nederlandse winst was in het oorspronkelijk wetsvoorstel art. 15b niet toegevoegd aan de artikelen genoemd in art. 18, tweede lid. Zie TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 2, Voorstel van wet, blz. 7.

11. Waarschijnlijk wordt bedoeld op strijd met artikel 1, derde lid, BRK, dat luidt: 'De belasting in een van de landen van niet-inwoners ter zake van een binnen dat land aangehouden vaste inrichting is in beginsel niet drukkender dan de belasting van inwoners die dezelfde werkzaamheden onder overigens gelijke omstandigheden uitoefenen.'

Daarnaast zal men het oog hebben gehad op art. 43 EG-Verdrag (tot 1998 art. 52 EG-Verdrag). In HvJ EG 28 januari 1986, zaak 270/83 (Avoir fiscal), Jurisprudentie 1986, 273, heeft het Hof van Justitie bepaald dat art. 52 EG-Verdrag lidstaten verbiedt om met betrekking tot personen die gebruik maken van de vrijheid om zich aldaar te vestigen, in zijn wetgeving bepalingen op te nemen inzake de uitoefening van hun bedrijfsactiviteiten die verschillen van die welke zijn vastgesteld voor de eigen onderdanen.

12. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 20

13. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 3

2.2.3.1 *Vaste inrichting*

Een feitelijk in het buitenland gevestigd, niet naar Nederlands recht opgericht lichaam als genoemd in art. 3 Wet Vpb. 1969, is buitenlands belastingplichtig voor de vennootschapsbelasting indien zij binnenlands inkomen geniet. Ingevolge art. 17 Wet Vpb. 1969 jo. art. 49, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 1964 wordt onder meer als binnenlands inkomen aangemerkt het gezamenlijk bedrag van de winsten die worden verkregen uit een onderneming die wordt gedreven met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting. De constatering van een vaste inrichting in Nederland leidt derhalve tot de aanwezigheid van subjectieve buitenlandse belastingplicht ingevolge art. 3 Wet Vpb. 1969. Hieruit volgt dat het begrip 'lichaam' zoals gebruikt in de vennootschapsbelasting mede omvat een onderneming die wordt gedreven met behulp van een in Nederland aanwezige vaste inrichting. Ook uit de parlementaire behandeling blijkt dat voor de toepassing van art. 15b de term 'lichaam' ruim moet worden opgevat. Hieronder vallen namelijk niet alleen rechtspersonen maar ook vaste inrichtingen van rechtspersonen.¹⁴

Een algemene definitie van het begrip 'vaste inrichting' is in de Wet Vpb. 1969 niet gegeven.¹⁵ In het Bvdb 1989 is het begrip 'vaste inrichting' wel nader omschreven. In art. 2, vijfde lid, Bvdb 1989, is bepaald dat voor de toepassing van het Bvdb 1989 onder vaste inrichting wordt verstaan een duurzame inrichting van een onderneming, met behulp waarvan de werkzaamheden van die onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend, daaronder begrepen de zetel van de leiding van de onderneming. Volgens de nota van toelichting bij het Bvdb 1989 kan bij de uitleg van het begrip 'vaste inrichting' in beginsel aansluiting worden gezocht bij de uitleg van dat begrip in het OESO-modelverdrag 1977.¹⁶ Strikt genomen zijn de gebezigde definities in het Bvdb 1989 en het OESO-modelverdrag niet van toepassing voor de Wet Vpb. 1969. Desondanks fungeren voormelde definities – als begrippen uit het internationaal belastingrecht – in de praktijk als een handvat bij de beoordeling of er

14. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8.

15. In art. 49, tweede lid, Wet IB 1964, is bepaald dat in ieder geval als vaste inrichting wordt aangemerkt het verrichten van werkzaamheden in het kader van een onderneming gedurende een aaneengesloten periode van ten minste 30 dagen, indien die werkzaamheden plaatsvinden in, op of boven het Noordzeewinningsgebied. Ingevolge art. 49, derde lid, Wet IB 1964, is in Nederland eveneens een vaste inrichting aanwezig indien in Nederland gelegen onroerende zaken of rechten waaraan deze zijn onderworpen alsmede rechten die samenhangen met de exploratie of de exploitatie van in Nederland aanwezige natuurlijke rijkdommen, behoren tot het ondernemingsvermogen van een buitenlandse belastingplichtige.

16. Nota van toelichting, Stb. 1989, nr. 594, blz. 15: 'Weliswaar heeft de Hoge Raad in BNB 1974/172 beslist dat het OESO-modelverdrag niet beslissend is voor de inhoud van het begrip vaste inrichting in de nationale wetgeving. Maar de uitwerking die in de jurisprudentie aan dat begrip is gegeven, komt in zo vergaande mate overeen met de inhoud van het begrip vaste inrichting van het OESO-modelverdrag, dat dit modelverdrag en het commentaar daarop als richtsnoer kunnen worden genomen voor de uitleg van dit begrip in het besluit.' In art. 5 OESO-modelverdrag 1992/1994 is de uitdrukking vaste inrichting omschreven als een vaste bedrijfsinrichting door middel waarvan de werkzaamheden van een onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend.

sprake is van een vaste inrichting in Nederland.¹⁷ In de jurisprudentie is het begrip 'vaste inrichting' ruim uitgelegd. Niettemin kan slechts van een vaste inrichting worden gesproken wanneer een inrichting enigszins duurzaam ter beschikking van belastingplichtige staat en voorts de inrichting op enigerlei wijze voor het bedrijf is ingericht.¹⁸ Deze in 1955 door de Hoge Raad gestelde criteria vindt men ook terug in latere jurisprudentie.

Ingevolge art. 2, vijfde lid, onderdeel a, Bvdb 1989, en art. 5, tweede lid, onderdeel a, OESO-modelverdrag, kan het begrip 'vaste inrichting' onder meer omvatten een plaats waar leiding wordt gegeven aan een onderneming. Hierbij dient wel voldaan te zijn aan de vereisten die in het algemeen aan een vaste inrichting worden gesteld, waaronder de aanwezigheid van een fysieke inrichting.¹⁹ De plaats van (een gedeelte van) de operationele leiding van een in het buitenland gevestigde groepsmaatschappij kan dus een vaste inrichting vormen. Deze omschrijving moet uitdrukkelijk onderscheiden worden van de plaats van leiding van een lichaam. Indien de feitelijke leiding van een lichaam in Nederland is gevestigd, is het lichaam binnenlands belastingplichtig in de zin van art. 2 Wet Vpb. 1969. Wanneer de operationele leiding van een buitenlandse onderneming in Nederland is gevestigd, kan sprake zijn van buitenlandse belastingplicht ingevolge art. 3 Wet Vpb. 1969.²⁰

De aanwezigheid van een vaste inrichting in Nederland betekent per definitie dat de feitelijke leiding van het hoofdhuis in het buitenland is gevestigd. Teneinde als vaste inrichting in Nederland een risicoreserve te kunnen vormen, moet de vaste inrichting volgens de staatssecretaris aan de zogenaamde substancevoorwaarden voldoen. De vaste inrichting dient op grond van deze voorwaarden onder meer te beschikken over gekwalificeerd personeel met zelfstandige beslissingsbevoegdheid ten aanzien van het bestuur en de dagelijkse bedrijfsvoering van het lichaam. De normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding blijft hierbij buiten beschouwing.²¹ Het personeel van de Nederlandse vaste inrichting zal derhalve bevoegd moeten zijn zelfstandig beslissingen te nemen met betrekking tot het bestuur en de dagelijkse bedrijfsvoering van het lichaam, zoals het aantrekken en uitzetten van gelden, onderhandelen met banken, contracten sluiten met banken, etc.

17 HR 15 juni 1988, BNB 1988/258

18. HR 15 juni 1955, BNB 1955/277.

19 HR 26 januari 2000, BNB 2000/159

20 HR 24 november 1982, BNB 1983/103 en Hof Amsterdam 11 april 1990, BNB 1991/256.

R.W.G. Rouwers, Buitenlandse belastingplicht; drie inkomstenbestanddelen in historisch perspectief, Koninklijke Vermande Lelystad, 1996, blz. 162, is evenwel van mening dat de definitie van 'vaste inrichting' in het Bvdb 1989 niet beslissend is voor toepassing van de Wet IB 1964 en Wet Vpb. 1969. De fictie dat de zetel van de leiding van een onderneming steeds een vaste inrichting vormt, is voor de nationale wet niet zonder meer van toepassing.

21. Zie art. 2a Uitvoeringsbeschikking. Deze bepaling vormt het uitgangspunt voor de substancevoorwaarden bij toepassing van art. 15b Wet Vpb. 1969. Dit is door de staatssecretaris opgemerkt in zijn antwoord op de vragen 14, 15 en 16 van de leden van de Tweede kamer, Persbericht nr. 97/133, 's-Gravenhage, 21 augustus 1997, V-N 1997, blz. 3051-3054. Uitgebreid zie § 2.3.3.

Indien aan deze voorwaarde is voldaan zal evenwel meestentijds de feitelijke leiding van het lichaam in Nederland zijn gevestigd. Het lichaam is alsdan binnenlands belastingplichtig. Als gevolg van de door de staatssecretaris gestelde substancevoorwaarden zal een vaste inrichting slechts dan een risicoreserve kunnen vormen, indien de leiding van het lichaam kan worden onderscheiden in een hoofdleiding en een dagelijkse leiding. De buitenlandse hoofdleiding is dan bepalend voor de vestigingsplaats van het lichaam. Aangezien de dagelijkse leiding berust bij het personeel van de Nederlandse vaste inrichting, is voldaan aan de gestelde substancevoorwaarden. Slechts in deze situatie lijkt een Nederlandse vaste inrichting een risicoreserve te kunnen vormen.

Een vraagpunt is of de substancevoorwaarden rechtens gesteld kunnen worden. De substancevoorwaarden zijn immers noch opgenomen in de wet of in de modelbeschikking van 2 oktober 1997, noch toegelicht tijdens de parlementaire behandeling. Indien de substancevoorwaarden niet rechtens gesteld kunnen worden, is het voor de vorming van een risicoreserve – afgezien van de wettelijke voorwaarden – in beginsel voldoende dat sprake is van een vaste inrichting in Nederland. De dagelijkse leiding van het lichaam behoeft dan niet noodzakelijkerwijs bij het personeel van de Nederlandse vaste inrichting te berusten. De aanwezigheid van een vaste inrichting in Nederland is alsdan in beginsel voldoende voor de vorming van een financiële risicoreserve. Voor een uitgebreide behandeling van de substancevoorwaarden zij verwezen naar § 2.3.

2.2.3.2 *Aanmerkelijk belang en zuivere inkomsten*

Behalve voor de winsten welke worden behaald met een Nederlandse vaste inrichting is een in het buitenland gevestigd lichaam eveneens belastingplichting voor de vennootschapsbelasting indien zij winst uit aanmerkelijk belang of zuivere inkomsten geniet zoals limitatief opgesomd in art. 49, eerste lid, onderdeel b en c, Wet IB 1964. De in onderdeel b en c genoemde opbrengsten betreffen inkomsten die een zekere verbondenheid met Nederland vertonen. Een buiten Nederland gevestigd lichaam is bijvoorbeeld belastingplichtig voor winst uit aanmerkelijk belang in een Nederland gevestigd lichaam en voor in Nederland gelegen onroerende zaken, mits de aandelen respectievelijk de onroerende zaken niet tot het ondernemingsvermogen van de buitenlands belastingplichtige behoren.²² Strikt genomen zou een buiten Nederland gevestigde stichting die Nederlandse onroerende zaken als belegging bezit een risicoreserve kunnen vormen ter zake van de uit de onroerende zaak genoten opbrengsten. Ware het niet dat voor de vorming van een risicoreserve naast het aan-

²² Ingevolge art. 49, derde lid, Wet IB 1964, wordt een in Nederland gelegen onroerende zaak of recht waaraan deze is onderworpen die behoort tot het vermogen van een onderneming van een buitenlandse belastingplichtige, geacht tot het vermogen van een binnenlandse onderneming te behoren. Alsdan is er ingevolge art. 49, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 1964, per definitie een vaste inrichting aanwezig in Nederland.

houden van beleggingen eveneens financieringsactiviteiten vanuit Nederland verricht moeten worden. Het aanhouden van beleggingen in de vorm van een overnamekas moet immers worden gezien als een nevenactiviteit van het verrichten van financieringsactiviteiten.²³

Een buiten Nederland gevestigd lichaam dat een niet tot zijn ondernemingsvermogen behorend aanmerkelijk belang heeft in een in Nederland gevestigde vennootschap is ingevolge art. 49, eerste lid, onderdeel c, 4°, Wet IB 1964, buitenlands belastingplichtig voor de rente genoten ter zake van een vordering op die Nederlandse vennootschap. Deze rente kan evenwel niet aan de risicoreserve worden gedoteerd. De financieringsactiviteit door het buiten Nederland gevestigde lichaam wordt immers per definitie niet vanuit Nederland verricht, zoals is vereist ingevolge art. 15b, eerste lid. Bovendien zal niet voldaan kunnen worden aan de voorwaarden van het tweede lid.

Buiten Nederland gevestigde lichamen die binnenlands onzuiver inkomen genieten anders dan met behulp van een vaste inrichting, zijn buitenlands belastingplichtig in de zin van art. 3 Wet Vpb. 1969. Strikt genomen zouden deze lichamen een risicoreserve moeten kunnen vormen. Het karakter van de risicoreserve en de wettelijke voorwaarden van art. 15b staan echter – nog afgezien van de mogelijke substancevoorwaarden – feitelijk in de weg aan de vorming van een risicoreserve. Slechts voor buitenlands belastingplichtigen die met behulp van een vaste inrichting in Nederland een onderneming drijven, bestaat derhalve de mogelijkheid een risicoreserve te vormen.

2.3 SUBSTANCE

2.3.1 Inleiding

Pas tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer merkt de staatssecretaris op dat indien buitenlandse concerns een risicoreserve wensen te vormen, van belang is dat de regeling alleen van toepassing is op situaties waarbij sprake is van een reële, duurzame en zelfstandige activiteit – bedoeld zal zijn financieringsactiviteit – die vanuit Nederland wordt verricht.²⁴ Deze nadere (substance)voorwaarden zijn volgens de staatssecretaris slechts van toepassing voor buitenlandse concerns.²⁵ Na afsluiting van de parlementaire behandeling blijkt vervolgens dat de in art. 2a Uitvoeringsbeschikking opgenomen criteria het uitgangspunt vormen voor de sub-

23 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 11

24 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 2

25. In de Nota naar aanleiding van het verslag merkt de staatssecretaris op dat de regeling zich niet richt op internationale concerns welke niet in Nederland zijn gevestigd (TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, blz. 46). Deze opmerking duidt er eveneens op dat de nadere substancevoorwaarden (aanvankelijk) slechts bedoeld zijn voor in het buitenland gevestigde concerns

stancevoorwaarden welke zowel voor binnenlands als buitenlands belastingplichtige lichamen van toepassing zijn. Voorts stelt de staatssecretaris de voorwaarde dat het CFA-lichaam een centrale spilfunctie moet vervullen met betrekking tot de financieringsactiviteiten van de groep als geheel.²⁶ Het is niet duidelijk naar welk moment getoetst moet worden of het CFA-lichaam aan de substancevoorwaarden voldoet. Het lijkt aannemelijk dat het CFA-lichaam structureel aan deze voorwaarden dient te voldoen. Uit pragmatisch oogpunt zou een incidentele schending van de substancevoorwaarden met de nodige soepelheid moeten worden gezien.

Hierna passeren de verschillende substancevoorwaarden de revue. In § 2.3.2 is het begrip 'reële, duurzame en zelfstandige activiteit' aan de orde. In § 2.3.3 zijn de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking behandeld. In § 2.3.4 wordt het begrip 'de centrale spilfunctie' besproken. In § 2.3.5 is gepoogd de verschillende substancevoorwaarden samen te vatten in enkele kernvoorwaarden. Ten slotte is in § 2.3.6 beoordeeld in hoeverre de wettekst en/of de parlementaire behandeling de substancevoorwaarden kan dragen.

2.3.2 Reële, duurzame en zelfstandige financieringsactiviteit

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer merkt de staatssecretaris op dat de concernfinancieringsregeling alleen van toepassing is op situaties waarbij sprake is van een reële, duurzame en zelfstandige activiteit die vanuit Nederland wordt verricht. Deze nadere voorwaarden worden volgens de staatssecretaris slechts gesteld aan buitenlandse concerns. Wat de staatssecretaris verstaat onder het begrip 'buitenlands concern', is niet duidelijk. De wettekst kent slechts het begrip 'concern'.²⁷ Een onderscheid tussen Nederlandse en buitenlandse concerns maakt de wettekst niet. Mogelijk is de vestigingsplaats van de topholding bepalend. Alsdan zal in de visie van de staatssecretaris een concern met de topholding in Nederland niet aan deze voorwaarden behoeven te voldoen.²⁸ Indien een onderscheid in behandeling tussen in Nederland en in het buitenland gevestigde concerns niet gerechtvaardigd is, zou dit kunnen betekenen dat aan buitenlandse concerns dezelfde eisen worden gesteld als aan Nederlandse concerns. De hiervoor genoemde substancevoorwaarden zullen dan evenmin aan buitenlandse concerns gesteld kunnen worden. Echter, aangezien het begrip 'buitenlands concern' noch is gedefinieerd in de wettekst, noch nader is toe-

26 Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op de vragen 14, 15 en 16 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr 97/133, 's-Gravenhage, 21 augustus 1997, V-N 1997, blz 3051-3054

27 Artikel 15b, lid 1, onderdeel c, Wet Vpb 1969, bepaalt dat voor de toepassing van artikel 15b onder concern wordt verstaan de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, waarbij voor de bepaling van het belang als bedoeld in dat artikellid buiten aanmerking blijven aandelen die bij de ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam

28 Het onderscheid in behandeling tussen Nederlandse en buitenlandse concerns kan ertoe leiden dat indien de vestigingsplaats van een Nederlandse topholding naar België wordt verplaatst er plotseling nadere substancevoorwaarden zouden worden gesteld om een risicoreserve te kunnen aanhouden

gelicht tijdens de parlementaire behandeling, is onduidelijk welke concerns aan de substancevoorwaarden moeten voldoen om een risicoreserve te kunnen vormen. Een lichaam dat een risicoreserve wenst te vormen dient derhalve rekening te houden met de mogelijkheid dat vereist is dat de financieringsactiviteiten zelfstandig, reëel en duurzaam vanuit Nederland moeten worden verrichten.

2.3.2.1 Zelfstandige financieringsactiviteiten

De voorwaarde dat het CFA-lichaam de financieringsactiviteiten zelfstandig moet verrichten, kan op tweeërlei wijze worden uitgelegd. Enerzijds zou dit vereiste kunnen betekenen dat binnen het lichaam zelf, de financieringsactiviteiten vanuit Nederland zelfstandig moeten worden verricht. Anderzijds zou deze voorwaarde kunnen impliceren dat binnen het gehele concern het CFA-lichaam zelfstandig de financieringsactiviteiten moet kunnen verrichten.

2.3.2.1.1 Zelfstandigheid binnen lichaam

Gedurende de parlementaire behandeling is opgemerkt dat indien een in Nederland gevestigd lichaam een vaste inrichting heeft in het buitenland waar zowel bij het hoofdhuis als bij de vaste inrichting financieringsactiviteiten worden verricht, het lichaam geen financiële risicoreserve kan vormen.²⁹ Kennelijk ontbreekt volgens de staatssecretaris in een dergelijke constellatie de noodzakelijke zelfstandigheid van opereren van het Nederlandse hoofdhuis. Teneinde een risicoreserve te kunnen vormen, dient derhalve het beslissingsproces ten aanzien van de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland plaats te vinden. Enige financieringsinhoudelijke betrokkenheid vanuit een buitenlandse vaste inrichting is ongewenst.³⁰ Volledige zelfstandigheid van handelen van het Nederlandse hoofdhuis behoeft echter mijns inziens niet te betekenen dat een buitenlandse vaste inrichting geheel geen financiële activiteiten mag ontplooiën. In de situatie dat bijvoorbeeld het concernfinancieringslichaam vanuit Nederland het Europese deel van het concern financiert, en haar Amerikaanse vaste inrichting het Amerikaanse gedeelte van het concern financiert, zal de zelfstandigheid van handelen van het Nederlandse hoofdhuis niet in twijfel behoeven te worden getrokken. Zoals hierna in § 2.4.8 zal blijken, sluit de wettekst enige financiële activiteit in een buitenlandse vaste inrichting uit.

De nadere substancevoorwaarden gelden eveneens ten aanzien van een vaste inrichting die financieringsactiviteiten verricht. Dit betekent dat de zelfstandigheid van de vaste inrichting gewaarborgd moet zijn. Het buitenlandse hoofdhuis zal zich derhal-

29. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8.

30. Uitbesteding binnen concern van bepaalde werkzaamheden die verband houden met financieringsactiviteiten tegen normale zakelijke condities leidt niet tot de aanwezigheid van een vaste inrichting, indien deze werkzaamheden het karakter van hulpwerkzaamheden niet te boven gaan. Zie EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 10.

ve niet inhoudelijk mogen mengen in de beslissingen die in de vaste inrichting ten aanzien van de financieringsactiviteiten worden genomen.

2.3.2.1.2 Zelfstandigheid binnen concern

Verscheidende financieringsmaatschappijen binnen een concern zijn toegestaan,³¹ mits de financieringsactiviteiten die vanuit de Nederlandse concernfinancieringsmaatschappij worden gevoerd, zelfstandig worden verricht. Dit betekent dat het Nederlandse financieringslichaam onafhankelijk van overige concernmaatschappijen moet kunnen opereren. De normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding wordt hierbij buiten beschouwing gelaten.³² Hierbij zou gedacht kunnen worden aan de goedkeuring van te voeren financieringsbeleid of de goedkeuring van de jaarrekening. Bij belangrijke financiële besluiten zal de aandeelhouder wellicht zijn invloed doen gelden. Gaat deze invloed de normale bemoeienis met de bedrijfsvoering te boven, dan opereert het CFA-lichaam niet volledig onafhankelijk van haar aandeelhouder.

Volledige zelfstandigheid van handelen binnen een multinationaal concern zal er in de praktijk toe leiden dat de financieringsactiviteiten verricht door het Nederlandse lichaam volkomen los dienen te staan van de activiteiten verricht door andere, in Nederland of het buitenland gevestigde financieringsmaatschappijen binnen hetzelfde concern. Hierbij kan worden gedacht aan een geografische scheiding van activiteiten binnen een concern, zoals de staatssecretaris als voorbeeld aangeeft tijdens de parlementaire behandeling.³³ Het Nederlandse lichaam financiert bijvoorbeeld het Europese gedeelte van het concern, en een Amerikaans lichaam financiert de rest van de wereld. Dit zou betekenen dat een Nederlands CFA-lichaam in beginsel aandelen kan houden in een buitenlandse of Nederlandse financieringsmaatschappij, terwijl een Nederlands CFA-lichaam met een buitenlandse vaste inrichting waarin financieringsactiviteiten worden ontplooid, niet wordt geduld. De gedachte dat een Nederlandse concernfinancieringsmaatschappij binnen een concern volledig zelfstandig moet kunnen opereren ziet men terug in de centrale spilfunctie zoals het CFA-lichaam deze moet vervullen. De centrale spilfunctievoorwaarde is behandeld in § 2.3.4.

2.3.2.2 Reële financieringsactiviteiten

De financieringsactiviteiten moeten reëel vanuit Nederland worden verricht. Met deze eis lijkt door de staatssecretaris te worden aangegeven dat de concernfinancie-

31. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 10

32. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 24. Zie tevens de analoge bepaling voor buitenlandse financieringsmaatschappijen in art. 2a, eerste lid, onderdeel d, Uitvoeringsbeschikking.

33. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 10.

ringsactiviteiten vanuit Nederland wezenlijke betekenis moeten hebben. De activiteiten vanuit Nederland zouden in dat geval zowel in absolute als in relatieve zin voldoende omvangrijk moeten zijn. Enige marginale leningen per jaar via een Nederlands lichaam zonder personele bezetting zullen waarschijnlijk niet kwalificeren, aangezien deze activiteiten in absolute zin niet voldoen. Waar echter de scheidslijn ligt met activiteiten die in absolute zin wel kwalificeren is niet duidelijk.

Naast een toetsing van de financieringsactiviteiten zelf, zou ook de omvang van de personele bezetting beoordeeld kunnen worden. Tijdens de mondelinge behandeling in de Eerste Kamer merkt de staatssecretaris hierover op dat van geval tot geval bezien moet worden wat een passende personeelsbezetting in kwalitatieve en kwantitatieve zin is, gelet op aard en de omvang van de activiteiten.³⁴ Per financieringsactiviteit lijkt derhalve te worden beoordeeld wat een passende personele bezetting is. De exploitatie van onroerende zaken of factoringactiviteiten zou bijvoorbeeld een relatief grotere personele bezetting kunnen vereisen dan het uitsluitend verstrekken van geldleningen. De mogelijkheid dat in het geheel geen financiële mensen nodig zijn, kan de staatssecretaris zich niet voorstellen.³⁵

Daarnaast worden mogelijk nog eisen gesteld aan de organisatie die de financieringsactiviteiten verricht. Hierbij kan worden gedacht aan een kantoorruimte, communicatiemiddelen, administratieve ondersteuning, eigen bankrekeningen en dergelijke. Deze faciliteitseisen ziet men deels terug in de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking, welke door de staatssecretaris eveneens worden gesteld aan een CFA-lichaam.³⁶ Laatstgenoemde criteria zijn behandeld in § 2.3.3.

2.3.2.3 Duurzame financieringsactiviteiten

Volgens de staatssecretaris moeten de financieringsactiviteiten vanuit Nederland een zeker permanent karakter hebben om een risicoreserve te kunnen vormen. Kapitaal is een mobiele productiefactor. Met andere woorden, kapitaal en de daarmee samenhangende financieringsactiviteiten, kunnen zonder noemenswaardig beletsel worden overgeheveld van de ene naar de andere (lager belaste) staat. De beweeglijkheid van de factor kapitaal noopt ertoe een fiscale faciliteit te bieden teneinde financieringsactiviteiten en de daarmee samenhangende financiële dienstverlening voor Nederland te behouden of zelfs uit te breiden. Een toename van het aantal fiscaal gefaciliteerde landen leidt echter tot (excessieve) belastingconcurrentie. Om de kapitaalcarrousel enigszins te remmen, stelt de staatssecretaris voor de vorming van een risicoreserve de voorwaarde dat het CFA-lichaam de financieringsactiviteiten duurzaam

34 EK, 11 december 1996, Algemene financiële beschouwingen/belastingwetten, blz. 11-454.

35 EK, 11 december 1996, Algemene financiële beschouwingen/belastingwetten, blz. 11-454.

36 Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financiën op de vragen 14, 15 en 16 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr 97/133, 's-Gravenhage, 21 augustus 1997, V-N 1997, blz 3051-3054

vanuit Nederland moet verrichten. Achter deze nobele gedachte gaat waarschijnlijk de vrees schuil dat verdragspartners de Nederlandse concernfinancieringsfaciliteit gaan vergelijken met offshoreachtige financieringsregimes. Mogelijk denkt de staatssecretaris met de duurzaamheidseis een dergelijke vergelijking te voorkomen. Nadelige gevolgen voor Nederland als 'verdragsland' worden op deze wijze vermeden. Indien de financieringsactiviteiten slechts een incidenteel karakter hebben, lijkt niet aan de duurzaamheidseis te zijn voldaan.³⁷

2.3.3 Criteria art. 2a Uitvoeringsbeschikking

Enige maanden na de afsluiting van de parlementaire behandeling heeft de Tweede Kamer enige vragen aan de staatssecretaris gesteld omtrent de invulling van het begrip 'substance'.³⁸ In zijn antwoord merkt de staatssecretaris op dat de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking, het uitgangspunt vormen voor de substance-eisen bij toepassing van art. 15b Wet Vpb. 1969, waarbij overigens de eis van 20% vreemd vermogen buiten beschouwing blijft.³⁹ De criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking zijn in eerste instantie opgesteld om in het kader van de deelnemingsvrijstelling te beoordelen of een buitenlandse maatschappij zich actief met de financiering van het concern bezig houdt, ofwel voldoende substance bezit. Indien aan deze criteria is voldaan, is sprake van een actieve, substantiële deelneming waarop de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Is dit niet het geval, dan is sprake van een belegging als gevolg waarvan de deelnemingsvrijstelling toepassing mist.

Teneinde een risicoreserve te kunnen vormen, moet volgens de staatssecretaris een belastingplichtige aan de volgende substancevoorwaarden van art. 2a Uitvoeringsbeschikking voldoen:

- a. het lichaam houdt zich anders dan incidenteel bezig met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van tot het concern behorende lichamen;
- b. het lichaam voert niet langer dan 12 maanden achtereenvolgend het beheer over overvloedige liquiditeiten die meer belopen dan 10% van het gestorte kapitaal van het lichaam, waarbij de overnamekas buiten beschouwing blijft;
- c. het lichaam is in zijn bestuur en de dagelijkse bedrijfsvoering, waarbij de normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding buiten beschouwing blijft, zelfstandig;

37. Verricht het CFA-lichaam in enig jaar geen financieringsactiviteiten ten behoeve van voldoende concernlichamen, dan is niet langer voldaan aan de voorwaarden van art. 15b, eerste lid. De risicoreserve dient alsdan te worden beëindigd en aan de winst te worden toegevoegd. Zie § 6.2.4.2.

38. Zie de vragen 14, 15 en 16 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/506 2, 's-Gravenhage, 3 juni 1997, V-N 1997, blz. 3050-3051.

39. Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financiën op de vragen 14, 15 en 16 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/133, 's-Gravenhage, 21 augustus 1997, V-N 1997, blz. 3051-3054.

- d. het aantal personen in dienstbetrekking tot het lichaam, hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn in overeenstemming met de aard en functie van het lichaam en het lichaam beschikt over een eigen kantoor dat is voorzien van in de financiële sector gebruikelijke faciliteiten; en
- e. het lichaam verricht de voor deze regeling relevante transacties via eigen bankrekeningen.

2.3.3.1 *Meer dan beleggen van vermogen*

2.3.3.1.1 *Parlementaire geschiedenis*

De toelichting op het eerste criterium van art. 2a Uitvoeringsbeschikking luidt als volgt:⁴⁰

‘De financieringsactiviteiten van het lichaam moeten uitgaan boven het middellijk of onmiddellijk beleggen van vermogen of daarmee overeenkomende werkzaamheden. Hierbij wordt mede in acht genomen hetgeen de Hoge Raad heeft beslist in de arresten HR 20 september 1995, BNB 1996/17 en HR 27 september 1995, BNB 1996/18. Globaal gesproken zal zich dit voordoen indien het lichaam zich anders dan incidenteel bezighoudt met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van tot het concern behorende maatschappijen.’

Opvallend is dat in tegenstelling tot hetgeen is opgemerkt tijdens de parlementaire behandeling, in de tekst van art. 2a Uitvoeringsbeschikking, niet is opgenomen dat de financieringsactiviteiten moeten uitgaan boven het beleggen van vermogen. In art. 2a, eerste lid, onderdeel a, is als voorwaarde opgenomen dat het lichaam zich anders dan incidenteel bezig moet houden met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van concernmaatschappijen. Een inhoudelijk onderscheid lijkt met het verschil in terminologie niet beoogd.

2.3.3.1.2 *Criterium ontleend aan art. 8 Wet Vpb. 1969 (oud) en art. 29a Wet IB 1964*

Het criterium dat de activiteiten moeten uitgaan boven het middellijk of onmiddellijk beleggen van vermogen of daarmee overeenkomende werkzaamheden, ofwel moeten uitgaan boven het normaal vermogensbeheer, is ontleend aan art. 8, zevende lid, aanhef en onderdeel b, Wet Vpb. 1969 (oud) en art. 29a Wet IB 1964. In eerstgenoemd artikel was tot 1998 de vermogensaftrek uitgesloten voor lichamen waarvan de feitelijke werkzaamheid bestaat in het, onmiddellijk of middellijk beleggen van vermogen of daarmee overeenkomende werkzaamheid.⁴¹ De arresten BNB 1996/17

40. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 23 en 24.

41. De vermogensaftrek beoogde de door de inflatie veroorzaakte winst te elimineren. Voor de vennootschapsbelasting is de vermogensaftrek sinds 1 oktober 1986 op 0% gesteld. Met ingang van 1 januari 1998 is de vermogensaftrek komen te vervallen.

en BNB 1996/18 waar de memorie van toelichting naar verwijst, hebben beide betrekking op de uitleg van dit artikel. In art. 29a Wet IB 1964 komt diverse keren de zinsnede voor dat de feitelijke werkzaamheden aanmerkelijk moeten verschillen van beleggen of daarmee overeenkomende werkzaamheden.⁴² In de memorie van antwoord ten aanzien van art. 29a is opgemerkt dat het geenszins de bedoeling is om houdstermaatschappijen en concernfinancieringsmaatschappijen aan te merken als art. 29a-(beleggings)maatschappijen. Onder concernfinancieringsmaatschappijen worden in dit verband verstaan de maatschappijen die binnen een concern daadwerkelijk als financieringsmaatschappij werkzaam zijn ten behoeve van tot het concern behorende werkmaatschappijen.⁴³ Hieruit volgt dat wanneer sprake is van een concernfinancieringsmaatschappij, de financieringsactiviteiten van deze maatschappij geacht worden uit te gaan boven normaal vermogensbeheer. Hiermee is niet gezegd dat wanneer concernfinancieringsactiviteiten worden ontplooid door een vennootschap, deze activiteiten per definitie uitgaan boven het normaal vermogensbeheer. Het verstrekken van een enkele lening aan een dochtermaatschappij is een concernfinancieringsactiviteit. De moedermaatschappij kwalificeert als gevolg van deze lening evenwel niet als concernfinancieringsmaatschappij. Van een concernfinancieringsmaatschappij is slechts dan sprake indien de vennootschap ten behoeve van de tot het concern behorende werkmaatschappijen een actieve rol speelt in het aantrekken en verstrekken van gelden. Slechts indien de concernfinancieringsactiviteiten uitgaan boven het normaal vermogensbeheer kan sprake zijn van een concernfinancieringsmaatschappij, welke niet wordt aangemerkt als een art. 29a-(beleggings)maatschappij.

Het begrip 'beleggen' is niet gedefinieerd in de fiscale wetgeving. Ook tijdens de parlementaire behandeling van art. 29a Wet IB 1964, is diverse keren de vraag aan de orde geweest wat onder beleggen verstaan moet worden. Een begripsomschrijving is niet gegeven. Het spraakgebruik, de praktijk en in laatste instantie de rechter, moeten voldoende houvast bieden.⁴⁴ Over de woorden 'daarmee overeenkomende werkzaamheden' is opgemerkt dat daarmee wordt bedoeld op werkzaamheden die in het spraakgebruik veelal niet direct als beleggen worden aangemerkt, maar die daar niet wezenlijk van verschillen. In de memorie van toelichting is als voorbeeld genoemd het enkel aanhouden van een banktegoed.⁴⁵

2.3.3.1.3 Jurisprudentie

In art. 8 Wet Vpb. 1969 (oud) is als voorwaarde gesteld dat de activiteiten van het lichaam meer moeten omvatten dan het beleggen van vermogen. De fictie van art. 2,

42. Zie eerste lid, tweede en vijfde (laatste) volzin, twee lid, onderdeel b; derde lid, onderdeel b en d; vierde lid.

43. TK, vergaderjaar 1978-1979, 15 516, nr. 5, Memorie van antwoord, blz. 19.

44. TK, vergaderjaar 1979-1980, 15 516, nr. 11, Nota naar aanleiding van het eindverslag, blz. 20

45. TK, vergaderjaar 1979-1980, 15 516, nr. 11, Nota naar aanleiding van het eindverslag, blz. 21

vijfde lid, Wet Vpb. 1969, is niet toereikend voor de toepassing van art. 8 Wet Vpb. 1969. De feitelijke activiteiten van het lichaam moeten materieel worden getoetst.

Indien een lichaam naast zijn beleggingsactiviteiten enige actieve houdsteractiviteiten ontplooit, gaan de activiteiten van het lichaam uit boven het normaal vermogensbeheer. De toelichting op art. 2a Uitvoeringsbeschikking, houdt evenwel in dat niet de activiteiten van het lichaam in totaliteit moeten uitgaan boven normaal vermogensbeheer, maar dat de financieringsactiviteiten als zodanig moeten uitgaan boven het beleggen van vermogen. Bij de beoordeling van de jurisprudentie, waaronder BNB 1996/17 en BNB 1996/18 zoals genoemd in de memorie van toelichting, dient dit onderscheid in ogenschouw te worden genomen. Voorzover ik kan beoordelen is in de jurisprudentie namelijk nimmer beoordeeld in hoeverre financieringsactiviteiten als zodanig uitgaan boven normaal vermogensbeheer.

Hieronder volgen enige arresten en uitspraken waarin de vraag aan de orde is in hoeverre de activiteiten van een lichaam uitgaan boven het normaal vermogensbeheer. Kenmerkend voor deze arresten en uitspraken is dat concernfinancieringsactiviteiten deel uitmaken van de activiteiten van een lichaam. Voor de toepasselijke wetsbepalingen is evenwel niet relevant in hoeverre de concernfinancieringsactiviteiten uitgaan boven het normaal vermogensbeheer, maar is slechts van belang of de totale activiteiten van het lichaam uitgaan boven normaal vermogensbeheer. In deze rechtspraak is onder meer de uitleg van art. 8 Wet Vpb. 1969 (oud) in geschil. Tevens is de relevante jurisprudentie inzake toepassing van art. 28 Wet Vpb. 1969 behandeld. Het begrip 'beleggen' in de zin van art. 28 Wet Vpb. 1969 kent immers dezelfde betekenis als in art. 29a Wet IB 1964.⁴⁶ Overigens wordt in art. 28 alleen gesproken van 'beleggen', terwijl in art. 29a sprake is van 'beleggen of daarmee overeenkomende werkzaamheden'. Onder de werking van art. 29a kunnen dus meer activiteiten worden gerangschikt dan onder art. 28. Dit laatste neemt echter niet weg dat de rechtspraak inzake de toepassing van art. 28 Wet Vpb. 1969 wellicht enig licht kan werpen op de vraag in hoeverre concernfinancieringsactiviteiten uitgaan boven het beleggen van vermogen.

De jurisprudentie welke is gewezen inzake art. 20, vijfde lid, Wet Vpb. 1969, kan eveneens als aanknopingspunt dienen.⁴⁷ Voor art. 20, vijfde lid, geldt een materieel ondernemingsbegrip.⁴⁸ Anders gezegd, voor art. 20, vijfde lid, is de vraag aan de

46 TK, vergaderjaar 1988-1989, 20 701, nr. 6, Memorie van antwoord, blz. 10

De jurisprudentie inzake de toepassing van art. 29a Wet IB 1964, lijkt in dezen niet relevant. Mij zijn geen arresten of uitspraken bekend waarin de vraag aan de orde is of de activiteiten van een lichaam, waaronder het verrichten van concernfinancieringsactiviteiten, uitgaan boven het beleggen van het vermogen.

47 De staatssecretaris is een andere mening toegedaan: 'Gezien de specifieke strekking van art. 20, vijfde lid, (het tegengaan van "verlieshandel") kan de inzake de toepassing van dat artikel gewezen jurisprudentie niet zonder meer als maatstaf worden genomen' (TK, vergaderjaar 1985-1986, 19 143, nr. 6, Memorie van antwoord, blz. 18).

48 Zie onder meer HR 23 juni 1999, BNB 1999/322.

orde of sprake is van een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid waarmee beoogd wordt winst te behalen.⁴⁹ Indien art. 20, vijfde lid, toepassing vindt, is sprake van een ondernemingsactiviteit. De werkzaamheid gaat dan per definitie uit boven het beleggen van vermogen of een daarmee overeenkomende werkzaamheid. Echter, het gegeven dat ten aanzien van een bepaalde activiteit art. 20, vijfde lid, geen toepassing vindt, met andere woorden dat er geen sprake is van een ondernemingsactiviteit, behoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat sprake is van een belegging.⁵⁰ Het niet drijven van een materiële onderneming betekent niet automatisch dat sprake is van beleggingsactiviteiten.

Hof 's-Hertogenbosch 10 april 1991, V-N 1991, blz. 3165-3166: Belanghebbende, een besloten vennootschap, heeft een vordering op haar dochtermaatschappij. Aangezien niet is komen vast te staan dat belanghebbende zich op enigerlei wijze daadwerkelijk heeft bezig gehouden met de bedrijfsvoering van de dochter, dient zij te worden aangemerkt als een lichaam wier feitelijke werkzaamheid bestaat in het onmiddellijk of middellijk beleggen van vermogen of daarmee overeenkomende werkzaamheid. De omstandigheid dat zij een vordering had op haar dochtermaatschappij is zonder meer onvoldoende reden voor een andersluidend oordeel. Derhalve geen vermogensaftrek voor belanghebbende.

Hof 's-Gravenhage 10 september 1991, V-N 1992, blz. 212-213: Belanghebbende, een naamloze vennootschap, is in liquidatie getreden. Belanghebbende ontplooit geen activiteiten meer. De liquide middelen zijn aangehouden op een bankrekening. De feitelijke werkzaamheid van het aanhouden van een banktegoed moet beschouwd worden als het beleggen van vermogen. Derhalve geen vermogensaftrek voor belanghebbende.

HR 25 maart 1992, BNB 1992/199: Belanghebbende is een besloten vennootschap die een 100% belang heeft in een drietal werkmaatschappijen. Belanghebbende is actief betrokken bij de ondernemingen van enige concernmaatschappijen. De bezittingen van belanghebbende bestaan daarnaast uit een hypothecaire vordering op een werkmaatschappij en uit een tweetal kleine vorderingen in rekening courant op de werkmaatschappijen. Belanghebbende dient te worden beschouwd als een houdstermaatschappij wier feitelijke werkzaamheid niet is het beleggen van vermogen. Derhalve kan belanghebbende niet de status van beleggingsinstelling ex art. 28 Wet Vpb. 1969 genieten.

Hof Amsterdam 25 november 1992, V-N 1994, blz. 1399-1400: Belanghebbende, een besloten vennootschap, heeft als enige activum een vordering op een concern-

49. Zie onder meer HR 9 november 1994, BNB 1995/20.

50. Zie P.J.M. Bongaarts en P.H.J. Essers, Recente fiscale ontwikkelingen op het gebied van beleggingen, Weekblad 1990, blz. 673-686, en J.Ch. Caanen, Recente ontwikkelingen met betrekking tot art. 20, vijfde lid, Wet Vpb. 1969, Weekblad 1997, blz. 1476-1484.

maatschappij Onder de passiva staat een langlopende lening aangegaan bij de echtgenote van de aandeelhouder van belanghebbende Belanghebbende is niet betrokken bij beheers- en bestuursactiviteiten in het concern Het risico dat belanghebbende met het verstrekken van de gelden op zich heeft genomen, overschrijdt niet de grenzen van hetgeen een particuliere vermogensbelegger in vergelijkbare omstandigheden pleegt te aanvaarden Derhalve geen vermogensaftrek voor belanghebbende

Hof Amsterdam 21 juni 1995, V-N 1995, blz 3514-3516 Belanghebbende is een besloten vennootschap die een lening heeft verstrekt aan haar 50%-deelneming De deelneming wordt tegen een beloning bestuurd door de directeur aandeelhouder van belanghebbende De activiteiten van belanghebbende zijn niet uitsluitend gericht op het passief houden van aandelen Belanghebbende houdt de aandelen niet slechts ter verkrijging van rendement dat daarvan bij normaal vermogensbeheer kan worden verwacht Derhalve vindt art 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969 toepassing

HR 20 september 1995, BNB 1996/17 Belanghebbende, een besloten vennootschap, ontvangt dividenden van haar Duitse dochtermaatschappij Deze dividenden zijn deels uitgeleend aan concernmaatschappijen en deels aangehouden op een rekening courant bij een bank Belanghebbende is mede aansprakelijk voor door de bank aan andere concernmaatschappijen geleende gelden Belanghebbende kan niet waarmaken dat

- haar feitelijke werkzaamheid bestaat in het besturen van de Duitse dochtermaatschappij, dan wel andere concernmaatschappijen,
- de leningen de uitdrukking waren van actieve betrokkenheid bij de concernmaatschappijen,
- de leningen niet uit haar overvloedige liquide middelen zijn verstrekt,
- de financiering van de lening gebeurt door het actief aantrekken en doorlenen van gelden,
- de hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de bank verband hield met de door belanghebbende gedreven concernfinancieringsmaatschappij

De feitelijke werkzaamheid van belanghebbende bestaat derhalve in het beleggen van vermogen Belanghebbende fungeert in feite als een lichaam waarin de overschotten van het concern neerslaan en waarin die overschotten zijn belegd zonder dat sprake is van een actieve financieringsmaatschappij De vermogensaftrek vindt geen toepassing

HR 27 september 1995, BNB 1996/18 Belanghebbende, een besloten vennootschap, heeft geen andere activiteiten ontwikkeld dan het beheren van schatkistpapier, bankaldi en obligaties Het schatkistpapier is door De Nederlandsche Bank in onderpand gehouden voor de activiteiten van een andere concernmaatschappij Bij de beantwoording van de vraag of een bedrijfsactivum van een vennootschap als belegging moet worden aangemerkt, moet uitsluitend worden gelet op de plaats van dat acti-

vum in het vermogen van die vennootschap zelf. Niet van belang is de positie van de vennootschap en van dat activum binnen het concern. De feitelijke werkzaamheid van belanghebbende gaat derhalve niet uit boven het normaal vermogensbeheer. De vermogensaftrek vindt geen toepassing.

2.3.3.1.4 Conclusie

In de jurisprudentie inzake de toepassing van art. 8, 28 en 20, vijfde lid, Wet Vpb 1969, is uitsluitend beoordeeld in hoeverre de activiteiten van een lichaam in totaliteit uitgaan boven normaal vermogensbeheer. Er heeft geen specifieke beoordeling plaatsgevonden van de financieringsactiviteiten als zodanig. In de uitspraak van Hof 's-Hertogenbosch 10 april 1991, V-N 1991, blz. 3165-3166, zou een afzonderlijke toetsing van de financieringsactiviteit gelezen kunnen worden. Het Hof overwoog immers dat de omstandigheid dat belanghebbende een vordering had op haar dochtermaatschappij, onvoldoende reden is voor een andersluidend oordeel. In HR 20 september 1995, BNB 1996/17, is geoordeeld dat belanghebbende niet fungeerde als actieve financieringsmaatschappij, en mitsdien de feitelijke werkzaamheden bestaan in het beleggen van vermogen of een daarmee overeenkomende werkzaamheid. Uit deze overweging volgt dat de verrichte financieringsactiviteiten niet uitgaan boven het beleggen van vermogen. De overige jurisprudentie is in casu slechts relevant voorzover de betreffende vennootschap geen actieve houdster- of beheersfunctie uitoefent binnen het concern. Is dit wel het geval, dan is op grond daarvan reeds sprake van een activiteit die uitgaat boven normaal vermogensbeheer. In hoeverre in die situatie de financieringsactiviteit uitgaat boven het beleggen van vermogen is dan niet te beoordelen. Uit de jurisprudentie kan in ieder geval worden geconcludeerd dat een of meerdere vorderingen op concernmaatschappijen, het doorsluizen van kapitaal en/of het aanhouden van banktegoeden, blijkens de jurisprudentie niet uitgaan boven normaal vermogensbeheer. Dergelijke financieringsactiviteiten zijn dus volgens de staatssecretaris onvoldoende om een risicoreserve te kunnen vormen. Deze uitkomst lijkt aan te sluiten bij het in art. 2a Uitvoeringsbeschikking opgenomen criterium dat het lichaam zich anders dan incidenteel bezig moet houden met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties. Slechts indien de concernfinancieringsactiviteiten uitstijgen boven het normaal vermogensbeheer kan sprake zijn van een concernfinancieringsmaatschappij die een actieve rol speelt in het aantrekken en verstrekken van gelden.

2.3.3.2 *Geen spaarpotfunctie*

2.3.3.2.1 *Parlementaire geschiedenis*

Het tweede criterium van art. 2a Uitvoeringsbeschikking houdt in dat de concernfinancieringsmaatschappij geen spaarpotfunctie mag vervullen. In de parlementaire toelichting is het volgende opgemerkt:⁵¹

‘Onder spaarpotfunctie wordt niet verstaan het aanhouden van kortlopende beleggingen welke worden aangehouden ter financiering van mogelijke acquisities die passend zijn bij de omvang en liggen in de lijn van het concern. Van zodanige beleggingen is in ieder geval sprake als die beleggingen niet meer bedragen dan de laagste van de volgende waarden:

- 25% van de beurswaarde of marktwaarde van het concern dan wel als het concern één of meer andere lichamen heeft waarin financieringsactiviteiten worden verricht, het deel van die 25% dat overeenkomt met de verhouding tussen het eigen vermogen van het onderhavige lichaam waarin financieringsactiviteiten worden verricht en het gezamenlijk eigen vermogen van alle lichamen waarin financieringsactiviteiten worden verricht;
- 100% van het bedrag van de uitstaande leningen en van de buitenlandse deelnemingen alsmede voor de binnenlandse deelnemingen een bedrag dat niet groter is dan 1/9 deel van het bedrag van de buitenlandse deelnemingen van het lichaam waarin de financieringsactiviteiten worden verricht, één en ander onder aftrek van de schulden van het lichaam die verband houden met de hiervoor bedoelde leningen en deelnemingen

Dit brengt mee dat het lichaam niet mag zijn belast met het duurzaam beheer van permanent overtollige liquiditeiten. Overtollige liquiditeiten worden slechts als zodanig in aanmerking genomen voorzover deze meer belopen dan 10% van het door de aandeelhouders bijeen gebrachte kapitaal. Een uitzondering geldt voor het beheer van tijdelijk overtollige liquiditeiten. In dat geval mag de concernfinancieringsmaatschappij deze middelen gedurende twaalf maanden beheren zonder dat de faciliteit in gevaar komt. Voorts wordt niet als beleggen aangemerkt de actieve financiering van lichamen welke voor de toepassing van dit artikel niet als verbonden lichamen zijn aan te merken.’

Voorgaande toelichting is vrijwel letterlijk opgenomen in art. 2a, eerste lid, onderdeel c, juncto art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking. De gedachtengang is dat de concernfinancieringsmaatschappij geen spaarpot mag vormen, maar wel een overnamekas voor acquisities die passen bij de omvang van het concern. Voornoemde toelichting kan aan de hand van een schema worden geïllustreerd:

overnamekas	tijdelijk overtollige liquiditeiten	permanent overtollige liquiditeiten
kortlopende beleggingen		kort- en langlopende beleggingen

51. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 24

De overnamekas zal in de praktijk veelal bestaan uit kortlopende beleggingen of liquiditeiten. Het concernfinancieringslichaam moet immers snel kunnen beschikken over de middelen voor een overname. Naast de overnamekas mag het lichaam ook overtollige liquiditeiten gedurende maximaal twaalf maanden beheren, de zogenaamde tijdelijk overtollige liquiditeiten.⁵² Slechts indien het concernfinancieringslichaam belast is met het duurzaam beheer van permanent overtollige liquide middelen vervult zij een spaarpotfunctie, voorzover deze middelen meer dan 10% van het gestort kapitaal van het lichaam bedragen. Deze permanent overtollige liquiditeiten kunnen zowel kort- als langlopende beleggingen omvatten.⁵³

De overnamekas moet aan twee criteria voldoen. Ten eerste dient de belastingplichtige aannemelijk te maken dat de overnamekas wordt aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen, de zogenoemde kwalitatieve norm. Dit betreft een marginale toets. Het CFA-lichaam behoeft slechts geobjectiveerde intenties aan te voeren voor toekomstige acquisities, bijvoorbeeld door het overleggen van het overnamebeleid in het verleden. Ten tweede dient het bedrag van de overnamekas te passen bij de omvang van het concern van het CFA-lichaam, de zogenoemde kwantitatieve norm. Blijft de overnamekas binnen de in art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking gestelde ratio's, dan is in ieder geval aan dit tweede criterium voldaan. Voor een uitgebreide behandeling van de overnamekas zij verwezen naar § 5.3.

2.3.3.2.2 Identieke criteria voor kortlopende beleggingen CFA-lichaam

De criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking zijn opgenomen om voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling te beoordelen of een buitenlandse financieringsmaatschappij wel voldoende substance bezit. Van deze criteria maken onder meer de kwalitatieve en kwantitatieve norm deel uit, welke normen ingevolge art. 2b Uitvoeringsbeschikking tevens gelden voor de bepaling van de omvang van de overnamekas van het CFA-lichaam. Indien aan deze normen is voldaan, mag het CFA-lichaam 80% van de opbrengsten van de overnamekas aan de risicoreserve toevoegen.⁵⁴ Voldoet het CFA-lichaam niet aan deze normen, dan kan zij de opbrengst uit deze kortlopende beleggingen niet doteren aan de risicoreserve.⁵⁵ Het aanhouden van permanent overtollige liquiditeiten staat niet in de weg aan het aanhouden van een overnamekas.

52. In HR 15 september 1999, BNB 1999/406, zijn tijdelijk overtollige liquiditeiten omschreven als beleggingen waarvan redelijkerwijs mag worden aangenomen dat deze tijdig weer in de onderneming beschikbaar zullen zijn.

53. Ingevolge HR 25 mei 1977, BNB 1977/251 en HR 8 mei 1985, BNB 1985/230, is sprake van permanent overtollige kasgelden indien de gelden binnen een onderneming geen enkele reële functie (meer) vervullen.

54. Zie § 5.3

55. Zie § 5.3.7.

Volgens de staatssecretaris vormen de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking tevens het uitgangspunt voor de substancevoorwaarden bij toepassing van art. 15b Wet Vpb. 1969. Indien een CFA-lichaam niet voldoet aan één van de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking, het lichaam houdt zich bijvoorbeeld ook bezig met het beheer van permanent overtollige liquiditeiten, dan zou niet voldaan zijn aan de substancevoorwaarden van art. 15b. Als gevolg daarvan zou het betreffende lichaam geen risicoreserve mogen vormen. Een dergelijke uitleg is niet te rijmen met hetgeen in art. 15b omtrent de overnamekas is opgemerkt. Indien het CFA-lichaam zich onder meer bezighoudt met het beheer van permanent overtollige liquiditeiten, dan mag het CFA-lichaam de opbrengsten van de overnamekas normaal doteren aan de risicoreserve. De concernfinancieringswinst kan ook normaal aan de risicoreserve worden gedoteerd. Ik zie dan ook niet in dat als gevolg van het beheer van permanent overtollige liquiditeiten het CFA-lichaam over onvoldoende substance zou beschikken, en diensgevolge geen risicoreserve mag vormen. Het criterium dat het CFA-lichaam geen spaarpotfunctie mag vervullen, zou de staatssecretaris – evenals de 20%-norm⁵⁶ – niet moeten stellen ten aanzien van de beoordeling van de substance.

2.3.3.3 *Zelfstandige bedrijfsvoering*

Blijkens art. 2a, eerste lid, onderdeel d, Uitvoeringsbeschikking, dient het lichaam in haar bestuur en de dagelijkse bedrijfsvoering zelfstandig te zijn. De normale bemoeienis met de bedrijfsvoering vanuit de aandeelhoudersfunctie of vanuit de concernleiding blijft hierbij buiten beschouwing.⁵⁷

De staatssecretaris stelt voornoemde voorwaarde zowel aan binnenlands als aan buitenlands belastingplichtigen die een risicoreserve wensen te vormen. Ingeval een Nederlandse vaste inrichting een risicoreserve wil vormen, zal het personeel van de vaste inrichting dus zelfstandig beslissingsbevoegd moeten zijn. Zoals opgemerkt in § 2.2.3.1 zal in die situatie meestentijds de feitelijke leiding van het lichaam in Nederland zijn gevestigd. Het lichaam is alsdan binnenlands belastingplichtig. Als gevolg van onderhavige substancevoorwaarde kan een vaste inrichting slechts een risicoreserve vormen als de leiding van het lichaam kan worden onderscheiden in een hoofdleiding en een dagelijkse leiding. De hoofdleiding berust dan bij het buitenlandse hoofdhuis en de dagelijkse leiding berust bij het personeel van de vaste

56. Een buitenlands concernfinancieringslichaam moet haar activa voor ten minste 20% financieren met van derden aangetrokken vreemd vermogen. Deze norm is ingegeven door het feit dat elke bank werkt met vreemd vermogen. De vraag is waarom volgens de staatssecretaris een CFA-lichaam niet aan deze 20%-norm hoeft te voldoen. Een reden zou kunnen zijn dat de mate waarin een vennootschap met vreemd vermogen is gefinancierd, niets zegt over de substance van de betreffende vennootschap.

57. Zie ook TK, vergaderjaar 1995-1996, nr. 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 24.

Opgemerkt zij dat het begrip 'normale bemoeienis van aandeelhouder of bedrijfsvoering' een open norm betreft, waarvan de inhoud niet duidelijk is.

inrichting. Slechts in laatstgenoemde situatie kan een Nederlandse vaste inrichting een risicoreserve vormen.

Het vereiste dat het lichaam in haar bestuur en dagelijkse bedrijfsvoering zelfstandig dient te zijn, moet onderscheiden worden van de centrale spilfunctie. Deze toets, welke is behandeld in § 2.3.4, houdt in dat het CFA-lichaam binnen een concern een centrale spilfunctie moet vervullen ten aanzien van de financieringsactiviteiten. Met andere woorden, het CFA-lichaam moet binnen het concern de financieringsactiviteiten zelfstandig verrichten. Beide criteria kunnen elkaar overlappen. Een CFA-lichaam dat vrijwel uitsluitend concernfinancieringsactiviteiten ontplooit zal, ingeval zij een centrale spilfunctie vervult binnen het concern, haar dagelijkse bedrijfsvoering veelal ook zelfstandig verrichten. Daarentegen is ook zeer goed denkbaar de situatie dat de dagelijkse leiding van een CFA-lichaam bij haar personeel berust, maar dat daarnaast meerdere concernlichamen zich bezighouden met de concernfinanciering. In dat geval is het CFA-lichaam wel zelfstandig in haar dagelijkse bedrijfsvoering, doch vervult zij geen centrale spilfunctie met betrekking tot de concernfinancieringsactiviteiten.

2.3.3.4 *Eigen kantoor met gekwalificeerd personeel*

Volgens art. 2a, eerste lid, onderdeel e, Uitvoeringsbeschikking, moet het aantal personen in dienstbetrekking tot het lichaam, hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden, in overeenstemming zijn met de aard en functie van het lichaam. De parlementaire toelichting op voorgaand criterium van art. 2a luidt als volgt:⁵⁸

‘Gelet op de aard en de functie van het lichaam dient het ten behoeve van de dagelijkse bedrijfsvoering te zijn voorzien van een personeelsbezetting met zowel vanuit kwalitatief als kwantitatief oogpunt adequate financiële ervaring, die in dienst is van het lichaam, duurzame detachering daaronder begrepen. Voorts zullen hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden dienen te zijn vastgesteld op voor specifieke financierings- c.q. treasuryfuncties in concernverband gebruikelijke wijze. De controle en toetsing van het beleid dient op overeenkomstige wijze te zijn geregeld. Daarnaast moet er op de plaats van vestiging sprake zijn van een adequate administratieve en secretariele ondersteuning.’

Het lichaam moet voorts beschikken over een eigen kantoor dat is voorzien van in de financiële sector gebruikelijke faciliteiten.⁵⁹ Bij dit laatste kan gedacht worden aan een adequate administratieve en secretariele ondersteuning, telefoon, telefax, en dergelijke.

58 TK, vergaderjaar 1995-1996, nr. 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 24.

59 TK, vergaderjaar 1995-1996, nr. 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 24.

Het kantoor behoeft geen eigendom te zijn van het CFA-lichaam. Een gehuurde kantoorruimte lijkt ook te voldoen.

Opgemerkt dient te worden dat, evenals de andere criteria van art 2a Uitvoeringsbeschikking, dit criterium in beginsel in het kader van de deelnemingsvrijstelling is geredigeerd voor buitenlandse lichamen waarvan de werkzaamheden grotendeels bestaan uit concernfinancieringsactiviteiten. De dagelijkse bedrijfsvoering van een dergelijk lichaam bestaat derhalve voor het merendeel uit financieringsactiviteiten. De criteria van art 2a moeten dan ook in dat verband gelezen worden. Een CFA-lichaam behoeft zich daarentegen niet grotendeels met concernfinancieringsactiviteiten bezig te houden. Bedrijfsmatige en/of houdsteractiviteiten mogen de bovenaan voeren binnen een CFA-lichaam. Daar art 2a Uitvoeringsbeschikking in beginsel is geschreven voor buitenlandse financieringslichamen, dient onderhavig criterium voor een CFA-lichaam dan ook slechts te zien op de financieringsactiviteiten van het CFA-lichaam. Het aantal personen binnen een CFA-lichaam dat een financieringsfunctie vervult, hun bevoegdheden en hun verantwoordelijkheden, moet dus in overeenstemming zijn met de aard en de functie van het lichaam in de hoedanigheid van concernfinancieringslichaam.

De ervaringstoets van het personeel is een tamelijk subjectief criterium. Deze toets laat in een concrete situatie ruimte voor verschil in toepassing. Deze toets leent zich dan ook uitsluitend voor een marginale toetsing door de belastinginspecteur. Voorts is opmerkelijk dat volgens de tekst van art 2a, eerste lid, onderdeel e, slechts de personen in dienstbetrekking van belang zijn. Volgens voornoemde toelichting kunnen evenwel ook gedetacheerde personen bijdragen aan het ervaringsvereiste, hetgeen mij redelijk voorkomt.

De bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het personeel van het lichaam moeten volgens de tekst van art 2a Uitvoeringsbeschikking in overeenstemming zijn met de aard en functie van het lichaam. In de toelichting is opgemerkt dat de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het personeel vastgesteld moeten zijn op voor specifieke financierings- en treasuryfuncties in concernverband gebruikelijke wijze. De tekst en de toelichting zitten niet geheel op een lijn. In de tekst is namelijk aansluiting gezocht bij de aard en functie van het lichaam, ofwel een meer subjectief getinte toets. De toelichting legt daarentegen een meer objectieve toets aan en zoekt aansluiting bij wat in de financieringsbranche gebruikelijk is. Door de grote variëteit aan financieringsfuncties is een eenduidig antwoord op de vraag wat in de financieringsbranche gebruikelijk is, niet te geven. De tekst van art 2a, eerste lid, onderdeel e, Uitvoeringsbeschikking, biedt de mogelijkheid een breed scala aan financieringsactiviteiten onder het desbetreffende criterium te scharen. Een lichaam dat spaarzaam, doch wereldwijd alle concernfinancieringsactiviteiten verricht kan aan dit criterium voldoen. Daarenboven voldoet ook een lichaam dat structureel, doch slechts uitsluitend de Europese lichamen van langlopende financieringen voorziet. De tekst van art 2a, eerste lid, onderdeel e, Uitvoeringsbeschikking, sluit aan bij de opmerking van de staatssecretaris tijdens de mondelinge behandeling in de Eerste Kamer dat van geval tot geval bezien moet worden wat een passende personeelsbe-

zetting in kwalitatieve en kwantitatieve zin is gelet op de aard en de omvang van de financieringsactiviteiten.⁶⁰

2.3.3.5 *Eigen bankrekening*

Het arrangeren van de relevante transacties dient het lichaam te verrichten via eigen bankrekeningen.⁶¹ Onder relevante transacties moet mijns inziens worden verstaan de transacties die een CFA-lichaam in het kader van haar financieringsactiviteiten in de zin van art. 15b, eerste lid, verricht.

2.3.4 Centrale spilfunctie

Enige maanden na invoering van art. 15b Wet Vpb. 1969, heeft de staatssecretaris het begrip 'centrale spilfunctie' geïntroduceerd. Op een eerste reeks vragen van leden van de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris geantwoord dat het lichaam dat de risicoreserve vormt een centrale spilfunctie dient te vervullen met betrekking tot de financieringsactiviteiten van de groep als geheel.⁶² Uit de antwoorden op een tweede reeks van vragen blijkt dat op grond van art. 15b, achtste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969,⁶³ substance-eisen worden gesteld aan een CFA-lichaam. Volgens de staatssecretaris leert de praktijk dat aan het substancevereiste niet kan worden voldaan indien niet tevens de financieringsactiviteiten gecentraliseerd zijn. Het lichaam dat de risicoreserve aanhoudt zal in dat geval de centrale spil zijn voor de groep als geheel. Dat laat onverlet de mogelijkheid meerdere financieringscentra aan te houden. Te denken valt bijvoorbeeld aan financieringscentra in diverse tijdzones.⁶⁴

Deze toets houdt in dat het CFA-lichaam binnen het gehele concern alle financieringsactiviteiten zelfstandig moet verrichten.⁶⁵ Een uitzondering wordt gemaakt voor financieringsactiviteiten die geografisch te onderscheiden zijn van de activiteiten van het CFA-lichaam.⁶⁶ Het CFA-lichaam financiert bijvoorbeeld het Europese gedeelte

60 EK, 11 december 1996, Algemene financiële beschouwingen/belastingwetten, blz. 11-454.

61 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 24

62 Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op de vragen 14 tot en met 17 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/133, 's-Gravenhage, 21 augustus 1997, V-N 1997, blz. 3051-3054.

63 Art. 15b, achtste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969 ziet (slechts) op voorwaarden die de inspecteur kan stellen welke strekken tot het zeker stellen van de belastingheffing overeenkomstig doel en strekking van art. 15b alsmede van de invordering van belastingen.

64 Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op de vragen 7 en 8 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997, V-N 1997, blz. 3853-3855.

65. Deze toets moet onderscheiden worden van de toets ingevolge art. 2a, eerste lid, onderdeel d, Uitvoeringsbeschikking, welke inhoudt dat het CFA-lichaam in haar bestuur en dagelijkse bedrijfsvoering zelfstandig dient te zijn. Zie § 2.3.3.

66. Tijdens de parlementaire behandeling (EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 10) is een geografische scheiding van financieringsactiviteiten al eens door de staats- →

van het concern, terwijl een Amerikaans lichaam de rest van de wereld financiert. In de praktijk blijkt ook een functionele scheiding van de financieringsactiviteiten voldoende onderscheidend vermogen te hebben.⁶⁷ Concernlichamen mogen uiteraard wel de dagelijkse betalingen verrichten zonder inmenging van het CFA-lichaam. De vraag rijst in hoeverre concernlichamen contacten mogen onderhouden met lokale banken zonder enige bemoeienis van het CFA-lichaam.

Het voorgaande leidt ertoe dat binnen een concern in beginsel uitsluitend het CFA-lichaam financieringsactiviteiten mag verrichten, tenzij een geografische of functionele scheiding is aangebracht. Indien het concern naast een CFA-lichaam nog over een buitenlands concernfinancieringslichaam beschikt, bijvoorbeeld een Belgisch coördinatiecentrum, dient dit buitenlandse lichaam haar financieringsactiviteiten te beëindigen. De staatssecretaris heeft begrip voor het feit dat een concern een dergelijke organisatorische aanpassing niet op korte termijn kan realiseren. 'Daarom kan de mogelijkheid worden geboden om gedurende een overgangsperiode waarin nog niet alle organisatorische aanpassingen zijn verricht, naar die spilfunctie toe te groeien. In concreto betekent dit dat in overleg afspraken worden gemaakt over de wijze waarop en het tijdvak waarbinnen globaal gezegd het zwaartepunt van financieringsactiviteiten in Nederland wordt gelegd en de centrale functie wordt ingevuld.'⁶⁸

2.3.5 Gecomprimeerde substancevoorwaarden

In voorgaande onderdelen zijn de verschillende substancevoorwaarden de revue gepasseerd. De begrippen 'reële, duurzame en zelfstandige activiteit' en 'centrale spilfunctie', en de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking zijn behandeld. Tussen de verschillende substancevoorwaarden is een rode draad te onderkennen. De verschillende voorwaarden kunnen samengevat worden in een drietal kernvoorwaarden: 'zelfstandigheid', 'realiteit' en 'duurzaamheid'. Dit komt overeen met de begrippen die tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer reeds ter sprake zijn gekomen. De staatssecretaris heeft na de parlementaire behandeling deze begrippen concreet ingevuld door te verwijzen naar de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking, en door introductie van het begrip 'centrale spilfunctie'.

De eerste kernvoorwaarde is dat het CFA-lichaam de financieringsactiviteiten zelfstandig moet verrichten. Bij deze voorwaarde is een tweetal subcriteria te onder-

secretaris te berde gebracht. Ter verduidelijking van de eis dat de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland moeten worden verricht, wijst de staatssecretaris erop dat deze eis er niet aan in de weg staat dat het concern ook nog over andere concernlichamen beschikt. De financieringen kunnen bijvoorbeeld per werelddeel geconcentreerd zijn.

67. Zie S.E. Faber en M.V. Lambooy, De modelbeschikking concernfinancieringsmaatschappijen lust of last, Weekblad 1997, blz. 1576.

68. Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op vraag 17 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/133, 's-Gravenhage, 21 augustus 1997, V-N 1997, blz. 3051-3054.

scheiden, te weten de zelfstandigheid binnen het lichaam en de zelfstandigheid binnen het concern. Het eerste subcriterium, inhoudende dat het Nederlandse hoofdhuis van een CFA-lichaam de financieringsactiviteiten zelfstandig moet verrichten, was reeds aan de orde tijdens de parlementaire behandeling. Bij de uitleg van de wettelijke voorwaarde dat de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland moeten worden verricht, is namelijk opgemerkt dat een buitenlandse vaste inrichting van een CFA-lichaam geen financieringsactiviteiten mag ontplooiën.⁶⁹ Het Nederlandse hoofdhuis is gehouden geheel zelfstandig te opereren.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer suggereerde de staatssecretaris reeds het bestaan van een tweede subcriterium, het vereiste van zelfstandigheid binnen het concern.⁷⁰ Enige maanden na invoering van art. 15b Wet Vpb. 1969, heeft de staatssecretaris dit zelfstandigheids criterium vorm gegeven door introductie van het begrip 'centrale spilfunctie'. Het CFA-lichaam dient een centrale spilfunctie te vervullen met betrekking tot de financieringsactiviteiten van de groep als geheel. Met andere woorden, het CFA-lichaam dient binnen het gehele concern alle financieringsactiviteiten zelfstandig te verrichten.

De tweede kernvoorwaarde is aan de orde bij de behandeling in de Eerste Kamer. Aldaar is gebleken dat een lichaam slechts een risicoreserve kan vormen indien dat lichaam reële financieringsactiviteiten vanuit Nederland verricht.⁷¹ Teneinde het realiteitsgehalte van de financieringsactiviteiten te toetsen, zullen naast de personele bezetting ook de ter beschikking staande faciliteiten worden beoordeeld. Deze zienswijze is bevestigd door het feit dat de staatssecretaris aansluiting zoekt bij de criteria van art. 2a, eerste lid, onderdeel e en f, Uitvoeringsbeschikking. Daarin is namelijk opgenomen dat het lichaam dient te beschikken over een aantal personen in dienstbetrekking dat, evenals hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden, in overeenstemming is met de aard en functie van het lichaam. Het lichaam dient tevens te beschikken over een eigen kantoor dat is voorzien van de in de financiële sector gebruikelijke faciliteiten. Voorts moet het lichaam over een eigen bankrekening beschikken.

De derde kernvoorwaarde is eveneens aan de orde tijdens de parlementaire behandeling. De staatssecretaris merkt op dat de financieringsactiviteiten vanuit Nederland een zeker duurzaam karakter moeten hebben. Deze opmerking sluit aan bij het criterium zoals dat is opgenomen in art. 2a, eerste lid, onderdeel a Uitvoeringsbeschik-

69. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8.

70. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 10: 'Ter wille van de duidelijkheid wil ik er nog op wijzen dat de eis dat "de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland moeten worden verricht" er niet aan in de weg staat dat het concern ook nog over andere lichamen beschikt die financieringsactiviteiten verrichten. Een wereldwijd opererend concern kan bij voorbeeld ter bevordering van de slagvaardigheid de financieringen per werelddeel concentreren.'

71. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 2

king. Daarin is immers bepaald dat het lichaam zich anders dan incidenteel moet bezighouden met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties.

2.3.6 Rechtsgrond substancevoorwaarden

De vraag rijst of het drietal kernvoorwaarden gedragen wordt door de wettekst. Zo nee, kunnen de substancevoorwaarden dan gebaseerd zijn op hetgeen tijdens de parlementaire behandeling of zelfs nadien is opgemerkt? Kan een duidelijke wettekst extensiever uitgelegd worden met een beroep op de wetshistorie? Deze laatste vraag kan herleid worden tot het rangordevraagstuk van de verschillende interpretatiemethoden: Kan een wetshistorische interpretatie voorrang hebben boven een grammaticale interpretatie? Onder een wetshistorische interpretatie versta ik de bedoeling van de wetgever zoals deze is gebleken uit de parlementaire behandeling. Met andere woorden, kan de bewoording van een wetbepaling ruimer opgevat worden als gevolg van uitspraken van de wetgever tijdens de parlementaire behandeling?

2.3.6.1 Literatuur

Waar de wettekst aan duidelijkheid niet te wensen overlaet, stelt de rechter zich doorgaans als een bescheiden wetstoepasser op.⁷² Ook Geppaart laat zich in zijn dissertatie in dergelijke zin uit. Hij merkt op dat in de belastingrechtspraak een algemene tendens wordt onderkend dat de woorden van de wet primair zijn in die zin dat de in objectieve zin duidelijke woorden voorrang hebben boven andere factoren van rechtsvinding. Slechts wanneer de woorden meerdere oplossingen toelaten, kunnen andere factoren beslissend zijn. 'De enkele bedoeling van de wetgever kan immers in beginsel de in objectieve zin duidelijke woorden van de wet niet ter zijde stellen; laten de woorden van de wet evenwel meerdere opvattingen toe, dan wordt vaak de historie decisoir gebruikt.'⁷³ De woorden van de wet fungeren als het algemeen aanvaarde uitgangspunt voor de betekenis van de wet.⁷⁴ De wetshistorische interpretatiemethode wordt aldus als een ondersteunende methode voor de gram-

72 Ontleend aan P.J. van Amersfoort, L.A. de Blieck en J.W. Zwemmer, *Richtige heffing*, FED Deventer, 1982, blz. 13.

73 Ch.P.A. Geppaart, *Fiscale rechtsvinding*, FED Amsterdam, 1965, blz. 112 e.v. De conclusie van Geppaart is gebaseerd op een bestudering van de belastingrechtspraak in de periode 1 maart 1957 - 1 maart 1965. De toepassing van de interpretatiemethoden lijkt na 1965 niet sterk te zijn veranderd. Zie Ch.P.A. Geppaart, *Fiscale rechtsvinding*, *Fiscale rechtsvinding als voorwerp van onderzoek*, 'Op gezag van ...', *Ars Aequi* nr. 12, 1985, blz. 691-696.

74 Sommigen zijn evenwel van mening dat woorden nooit duidelijk zijn. Men komt dan nimmer toe aan een strikt grammaticale interpretatie van wetteksten. De rechter zal dan voor de uitleg van de wet altijd hulp moeten zoeken bij een van de ondersteunende interpretatiemethoden. Zie onder meer Asser-Scholten, *Algemeen deel*, Tjeenk Willink Zwolle, 1974, blz. 37.

ticale interpretatie beschouwd. IJerman sluit zich aan bij de visie van Geppaart.⁷⁵ P-G Van Soest merkt in zijn conclusie bij HR 29 januari 1997, BNB 1997/89 op dat de toelichting van de wetgever de duidelijke tekst van de wet niet opzij kan zetten. Ook Van Vijfeijken is deze mening toegedaan. In haar noot onder HR 24 januari 1996, BNB 1996/138 merkt zij het volgende op: 'Met het oog op de rechtszekerheid dient bij duidelijke bewoordingen de grammaticale interpretatiemethode voorrang te krijgen. Alleen als de woorden van de wet niet duidelijk zijn, dan wel tot een zodanig resultaat leiden dat men zich in gemoede kan afvragen of dat daadwerkelijk is voorzien c.q. gewild door de wetgever, is er ruimte om naar de bedoeling van de wetgever te kijken'. Volgens Aardema komt het er op neer dat een wettekst eerst dan interpretatie behoeft, indien er in verband met de onvoldoende duidelijkheid van die tekst ook wat te interpreteren valt.⁷⁶ De grote terughoudendheid om van een duidelijke wettekst af te wijken is volgens Aardema dan ook terecht. In beginsel is de tekst van de wet, derhalve de grammaticale methode, bepalend voor de wetstoepassing. Nadat de grammaticale interpretatiemethode is verwerkt en alsdan de wettekst meer mogelijkheden openlaat, is pas ruimte voor de andere interpretatiemethoden.⁷⁷

Van Dijck verkiest een andere zienswijze.⁷⁸ Hij is van mening dat in het fiscale recht voorrang gegeven moet worden aan de bedoeling van de wetgever. De belastingplichtige mag evenwel ook een beroep doen op de (duidelijke) wettekst. De belastingplichtige behoort immers niet het risico te dragen van een slecht geformuleerde wettekst. De woorden van de wet mogen niet tegen de belastingplichtige worden gebruikt. In de visie van Van Dijck verkeren de grammaticale en de wetshistorische interpretatiemethode voor de belastingplichtige op hetzelfde niveau. De belastingplichtige kan zich dus zowel op de tekst als op de bedoeling van de wetgever beroepen. De wetgever draagt het risico van een onduidelijke wettekst welke niet aansluit bij hetgeen ermee bedoeld is. Dit betekent dus dat een op zich duidelijke wettekst niet aan belastingplichtige kan worden tegen geworpen. Het legaliteitsbeginsel verhindert dat de belastingautoriteiten met een beroep op de wetshistorie de wettekst ten nadele van belastingplichtige opzij kunnen zetten.

Uit vorenstaande uiteenzetting volgt dat de zienswijzen in de literatuur redelijk eensluidend zijn. De in objectieve zin duidelijke bewoordingen van de wettekst hebben in beginsel voorrang boven andere methoden van rechtsvinding, waaronder de wetshistorische interpretatie. Voorzover de tekst van de wet duidelijk is, lijken uitlatingen van de staatssecretaris gedurende de parlementaire behandeling niet aan belastingplichtigen te kunnen worden tegengeworpen met een beroep op de wetshistorie.

75 R L H IJerman, Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografie nr. 54, Kluwer Deventer, 1991, blz. 53 e.v.

76. Annotatie bij HR 3 mei 1995, BNB 1995/334.

77 E. Aardema, Taak en positie van de belastingrechter, Geppaart-bundel, Kluwer Deventer, 1996, blz. 8 en 9.

78 J.E.A.M. van Dijck, De ex-warrantobligatie, Weekblad 1996, blz. 691.

2.3.6.2 *Jurisprudentie*

Zonder naar volledigheid te streven, noem ik enige jurisprudentie waarin de Hoge Raad bij duidelijke bewoordingen van de wet de grammaticale interpretatiemethode voorrang geeft boven een wetshistorische interpretatie.

In het arrest HR 23 januari 1974, BNB 1974/132 is de vraag aan de orde of cumulatief preferente aandelen meetellen om te bepalen of een aanmerkelijk belangpositie aanwezig is.⁷⁹ Volgens het toenmalige art. 39, derde lid, Wet IB 1964, was sprake van een aanmerkelijk belang indien de belastingplichtige in de loop van de laatste vijf jaar voor tenminste een derde gedeelte van het nominaal gestorte kapitaal aandeelhouder is geweest. Enige gerechtigheid in het nominaal gestort kapitaal kan derhalve leiden tot een aanmerkelijk belang. De wet maakt geen onderscheid tussen diverse soorten aandelen. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat aandelen waarin geen recht op de reserves van een NV is belichaamd, buiten de aanmerkelijk belangregeling vallen. 'Het ontbreken van een bepaling welke dit uitdrukkelijk in de tekst vastlegt behoeft niet als bezwaar te worden gevoeld, omdat deze zienswijze duidelijk voortvloeit uit de grondslag van de aanmerkelijk belangregeling. Dit heeft tot gevolg dat bij de beantwoording van de vraag of iemand bij de NV een aanmerkelijk belang heeft, deze aandelen buiten beschouwing worden gelaten.'⁸⁰ De aanmerkelijk belangheffing is immers in zekere zin een anticipatie op de liquidatie-uitkering van een vennootschap. Het lijkt dan ook zinvol 'de aanmerkelijk belangregeling te beperken tot aandelen, die toegang bieden tot de in de verkoopprijs tot uitdrukking komende winstreserves'.⁸¹

De Hoge Raad ziet evenwel geen reden om cumulatief preferente aandelen niet te rekenen tot het nominaal gestort kapitaal ingevolge art. 39, derde lid. De Hoge Raad overweegt: 'Dat nu, bij de beantwoording van bovengenoemde vraag, voorop staat de (...) tekst van art. 39 van de Wet, welke (...) in het licht van het vorenstaande volkomen duidelijk is.' Er is dus geen reden cumulatief preferente aandelen niet tot het nominaal gestort kapitaal als bedoeld in art. 39, derde lid, Wet IB 1964 te rekenen. Een zodanige beperking is immers niet in de tekst tot uitdrukking gebracht, terwijl de grondslag van de regeling er niet toe dwingt en de wetsgeschiedenis er onvoldoende steun voor biedt. De Hoge Raad wenst de tekst van art. 39 niet anders uit te leggen met een beroep op de parlementaire behandeling.

Ook in HR 7 december 1977, BNB 1978/26, geeft de Hoge Raad de voorkeur aan een grammaticale interpretatie. In geschil is de vraag op welke wijze de in art. 14, vijfde lid, Wet VB 1964, voorkomende term 'belastbaar inkomen' uitgelegd moet worden. Volgens belanghebbende is het de bedoeling van de wetgever geweest door

79. De Hoge Raad heeft een gelijksoortig arrest gewezen in HR 23 januari 1974, BNB 1974/133.

80. TK, vergaderjaar 1962-1963, 5380, nr. 19, Memorie van antwoord, blz. 58

81. Ontleend aan J. Verburg in zijn noot onder HR 23 januari 1974, BNB 1974/133

art. 14, vijfde lid, te bereiken dat de belastingdruk door inkomsten- en vermogensbelasting tezamen beperkt zou blijven tot 80% van het Nederlandse inkomen. Het begrip 'belastbaar inkomen' dient volgens belanghebbende niet tevens het buitenlandse inkomen te omvatten. De Hoge Raad overweegt evenwel het volgende: 'dat de in voormeld artikellid voorkomende term "het belastbare inkomen" mede omvat het zogenaamde buitenlandse inkomen, nu deze term niet geacht kan worden door de wetgever in een andere betekenis te zijn gebezigd dan deze heeft in art. 3 Wet IB 1964; dat aan belanghebbende kan worden toegegeven dat deze uitlegging van art. 14, vijfde lid, te dezen tot een uitkomst leidt die met de strekking van de bepaling op gespannen voet staat; dat zulks echter (...) de rechter niet de vrijheid geeft om van de op zich zelf genomen duidelijke tekst van die bepaling af te wijken'.

Ook in HR 3 mei 1995, BNB 1995/334, past de Hoge Raad de wettekst letterlijk toe. In dit arrest is de vraag aan de orde of een blote eigenaar van aanmerkelijk belang aandelen ingevolge art. 4, vierde lid, letter c, Wet VB 1964 een latente inkomstenbelastingsschuld in aanmerking mag nemen. Ingevolge art. 4, vierde lid, letter c, Wet VB 1964, kan een latente inkomstenbelastingsschuld in aanmerking worden genomen voorzover de aandelen in het vermogen van de belastingplichtige zijn begrepen. Op grond van art. 6, eerste lid, Wet VB 1964, worden bezittingen belast met een vruchtgebruik aangemerkt als bezittingen van de vruchtgebruiker. Dit betekent dat naar de letterlijke tekst van art. 4, vierde lid, letter c, belanghebbende geen bedrag aan latente inkomstenbelasting tot haar schulden kan rekenen. De Hoge Raad overweegt: 'Onverkorte, letterlijke toepassing van art. 4, vierde lid, letter c, Wet VB 1964, brengt dan ook mee dat in een geval als het onderhavige als gevolg van de opnemering (...) van de woorden 'in het vermogen begrepen' de inkomstenbelastingsschuld, niet-tegenstaande het bestaan daarvan, niet in aanmerking kan worden genomen, zulks terwijl (...) de situatie met het oog waarop de wetgever (...) die woorden in art. 4, vierde lid, letter c, heeft opgenomen, zich hier niet voordoet. (...) Ondanks het vorenstaande vindt de Hoge Raad echter geen vrijheid af te wijken van hetgeen de letterlijke toepassing van art. 4, vierde lid, letter c, vereist.'

Een ander treffend voorbeeld is het arrest HR 24 januari 1996, BNB 1996/138, het zogenaamde ex-warrantobligatiearrest.⁸² In dit arrest is in geschil of de zogenaamde ex-warrantobligatielening onder de forfaitaire regeling van art. 25a Wet IB 1964 valt. Art. 25a is per 1 januari 1990 ingevoerd ter bestrijding van constructies waarbij de volle eigendom van vermogensbestanddelen werd gesplitst in de blote eigendom en een tijdelijk genotsrecht. De regeling van art. 25a beoogt kortweg de waardeaanwinst naar de volle eigendoms waarde te belasten met een jaarlijks forfaitair rendement. Dit rendement bedraagt in beginsel 4,8% van de waarde in het economische verkeer van die vermogensbestanddelen per begin van het jaar, zonder rekening te houden met de daarop gevestigde genotsrechten.

82. Dit arrest is door de Hoge Raad bevestigd in HR 13 maart 1996, BNB 1996/194.

De ex-warrantobligatielening betreft een lening waarvan de obligatiehouder jaarlijks een lage rente geniet. Op het moment van uitgifte van de obligatielening wordt ter compensatie van de lage rente een warrant uitgegeven. Indien de eerste obligatiehouder geen binnenlandse particulier is, zal de warrant niet in de vorm van rente belast kunnen worden.⁸³ De warrant wordt direct na uitgifte afgesplitst van de obligatielening. Indien vervolgens de afgesplitste obligatie (de ex-warrantobligatie) wordt gekocht door een particulier geniet deze slechts de jaarlijkse lage rente.

Eerst tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer merkte de staatssecretaris op dat het forfaitaire rendement van art. 25a ook van toepassing is op de ex-warrantobligatiehouder.⁸⁴ Niet alleen de daadwerkelijk genoten (lage) rente, maar tevens het forfaitair rendement van 4,8% is dan jaarlijks bij de obligatiehouder belast. De reden is dat in zijn visie de obligatiehouder niet alle voordelen ontvangt uit het vermogensbestanddeel. De warrant is immers door de vorige eigenaar afgesplitst van de obligatie. De vraag rijst of een tekst die ontworpen is voor de situatie dat tegelijkertijd een blote eigenaar en een vruchtgebruiker aanwezig zijn, ook gebruikt kan worden voor de situaties dat twee eigenaren elkaar in de tijd opvolgen, zoals bij een ex-warrantobligatielening het geval is.⁸⁵ Door in het laatste stadium van de parlementaire behandeling te beklemtonen dat de opzet en de strekking van het voorstel meebrengen dat ex-warrantobligatieleningen onder de voorgestelde regeling vallen, trachtte de wetgever de werking van art. 25a op te rekken. Art. 25a zou niet uitsluitend bedoeld zijn voor situaties dat een ander tot toekomstige voordelen is gerechtigd, maar ook voor gevallen waarbij door een ander in het verleden reeds voordelen zijn genoten. De wettekst van art. 25a werd evenwel niet aangepast.

De Hoge Raad heeft een oprekking van de werking van art. 25a niet geaccepteerd. De Hoge Raad overweegt: 'Deze tekst laat geen andere lezing toe dan dat er gelijktijdig sprake moet zijn van een recht van de belastingplichtige en een recht van een ander op (een deel van) de voordelen uit dat recht. (...) De houder van de warrants kan ... niet worden aangemerkt als iemand die nog gerechtigd is tot voordelen uit de obligaties, en al helemaal niet als iemand die daartoe uiterlijk tot een vast tijdstip is gerechtigd. Naar de tekst van art. 25a, lid 1, is dit artikel derhalve hier niet van toepassing.' Tijdens de parlementaire behandeling is herhaaldelijk opgemerkt dat ex-warrantobligatieleningen binnen het bereik van art. 25a vallen en dat wijziging van de voorgestelde tekst daarvoor niet nodig was. Volgens de Hoge Raad biedt de wens van de wetgever om ex-warrantobligatieleningen onder de werking van art. 25a te doen vallen, onvoldoende grondslag om dit artikel in die zin uit te leggen. 'Het is immers niet mogelijk met een beroep op de bedoeling van de wetgever te bereiken dat de wettekst moet worden uitgelegd zoals deze nu juist niet is geformuleerd

83 Zie Resolutie staatssecretaris van Financien, 26 februari 1986, BNB 1986/113

84 EK, vergaderjaar 1989-1990, 20 648, nr. 2a, Memorie van antwoord, blz. 9

85. Zie J.E.A.M. van Dijk, 'Waarom art. 25a Wet IB 1964 niet van toepassing is op ex-warrantobligaties', Weekblad 1990, blz. 894.

(...)'.⁸⁶ Om een treffende vergelijking van Van Dijk aan te halen: 'Men kan tijdens het wetgevingsproces honderd keer roepen dat een Wet op de hondenbelasting ook voor een kat geldt, maar als dat niet in de tekst van de wet is neergelegd zal er toch alleen maar een hondenbelasting tot stand zijn gekomen.'⁸⁷

In HR 9 februari 2000, BNB 2000/236, is onder meer de vraag aan de orde of de omzetting van een vordering op een deelneming in informeel kapitaal onder het bereik valt van art. 13b Wet Vpb. 1969. In de opsomming van art. 13b wordt de informele kapitaalstorting niet genoemd. Naar de tekst van de wet is art. 13b derhalve niet van toepassing op een informele kapitaalstorting. De Hoge Raad volgt 's Hofs oordeel dat aangezien de wettekst van art. 13b Wet Vpb. 1969, voldoende duidelijk is, een ruimer toepassingsbereik niet mogelijk is. Een uitzondering hierop is niet gewenst nu de wetgever de problematiek van de informele kapitaalstorting tijdens de parlementaire behandeling onder ogen heeft gezien, maar daaraan niet de conclusie heeft verbonden de wettelijke regeling uit te breiden.

Dat de Hoge Raad niet altijd doorslaggevende betekenis toekent aan de bewoording van de wet, volgt onder meer uit het arrest HR 4 oktober 1978, BNB 1978/299. In dit arrest is de vraag aan de orde of de tekst van art. 27, eerste lid, Wet IB 1964 letterlijk moet worden toegepast op de verkoop van een losse rentetermijn. Stel dat een coupon van een obligatie van f 1000 nominaal à 10% per jaar, die pas één dag is grijpt, wordt verkocht aan een bank. Een bank is bereid de contante waarde van de coupon te betalen, te weten ongeveer f 91. Wordt art. 27, eerste lid, evenwel letterlijk toegepast, dan wordt aan de verkoper slechts een bedrag van $1/365 \times f 100$, ofwel f 0,27, toegerekend. Letterlijke toepassing van art. 27, eerste lid, leidt volgens de Hoge Raad tot een zodanig ongerijmd resultaat dat moet worden aangenomen dat de wetgever die toepassing niet heeft gewild. De Hoge Raad beslist dat art. 27, eerste lid, ondanks de duidelijke bewoording van deze bepaling, niet voor dergelijke situaties is geschreven.

Ook bij verkoop van een losse huurtermijn leidt volgens de Hoge Raad een letterlijke toepassing van art. 27, eerste lid, tot een onlogisch resultaat. In HR 1 april 1987, BNB 1987/176 overweegt de Hoge Raad het volgende: 'De ongerijmdheid van het aan letterlijke toepassing van art. 27, eerste lid, eerste volzin, verbonden gevolg wettigt de conclusie dat de wetgever een dergelijke toepassing niet kan hebben gewild. Daarom moet worden aangenomen dat genoemde bepaling ook voor het geval van verkoop van een losse huurtermijn niet is geschreven.'

⁸⁶ Overgens is het criterium van art. 25a aangepast. Zie TK, vergaderjaar 1996-1997, 25 224, nr. 2, Voorstel van wet, opgenomen in V-N 1997, blz. 856 e.v. De aangepaste regeling is per 31 oktober 1997 in werking getreden.

⁸⁷ Zie J.E.A.M. van Dijk, Waarom art. 25a Wet IB 1964 niet van toepassing is op ex-warrant-obligaties, Weekblad 1990, blz. 894.

In de arresten HR 13 november 1991, BNB 1992/58 en BNB 1992/59 zet de Hoge Raad eveneens de wettekst opzij. In deze arresten is de vraag aan de orde welke betekenis toegekend moet worden aan de woorden 'binnen het Rijk belastbare winst' in het toenmalige art. 13, vierde lid, Wet Vpb. 1969.⁸⁸ In het arrest is sprake van een vennootschap welke een 100%-deelneming financiert met vreemd vermogen. De deelneming is een naar Nederlands recht opgerichte vennootschap, welke in het buitenland winst behaalt ter zake waarvan het recht tot belastingheffing niet aan Nederland toekomt. De vraag is of de financieringskosten in aftrek kunnen worden gebracht. Wordt doorslaggevende betekenis toegekend aan de woorden van de wettekst, dan zouden de kosten in aftrek kunnen worden gebracht. Immers, ook de winst die op grond van het Besluit of een belastingverdrag voor belastingheffing is toegewezen aan het buitenland, behoort tot de in Nederland belastbare winst. De belastbare winst van een in Nederland gevestigde vennootschap omvat immers alle wereldwijd genoten winst. De Hoge Raad kent evenwel doorslaggevende betekenis toe aan de strekking van de woorden 'binnen het Rijk belastbare winst' in art. 13, vierde lid. De strekking van deze bepaling is dat voorkomen moet worden dat kosten ten laste van de Nederlandse winst worden gebracht, die verband houden met een deelneming waarvan de winst niet in de Nederlandse belastingheffing kan worden betrokken. De financieringskosten van de in het buitenland werkzame deelneming kunnen mitsdien niet in aftrek worden gebracht.

In het arrest HR 15 december 1999, BNB 2000/158 is de vraag aan de orde of de zinsnede 'recht hebben op studiefinanciering ingevolge hoofdstuk II van de Wet op de studiefinanciering' zoals genoemd in art. 46, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 1964, letterlijk moet worden geïnterpreteerd. In geschil is namelijk of een ouder buitengewone lasten in aanmerking kan nemen indien zijn studerende kind geen recht heeft op een basisbeurs maar slechts recht heeft op een rentedragende lening. Bij de totstandkoming van de onderwerpelijke zinsnede in art. 46 bestond de studiefinanciering uitsluitend uit een basisbeurs. Tijdens de parlementaire behandeling is hierover opgemerkt dat 'als er een basisbeurs is, het niet de bedoeling is dat er nog eens een buitengewone lastenafrek is. (...) Het is niet de bedoeling, als men een basisbeurs heeft, dat er fiscaal aanvullende voorzieningen worden getroffen.' Bij latere wijziging van de Wet op de studiefinanciering is het recht op een rentedragende lening geïntroduceerd. De zinsnede in art. 46 is evenwel niet gewijzigd. De Hoge Raad oordeelt in het licht van deze wetsgeschiedenis en een redelijke wettoepassing dat een letterlijke interpretatie van de onderwerpelijke zinsnede moet worden verworpen.

Uit bovenstaande arresten volgt dat de Hoge Raad niet altijd voorrang verleent aan de bewoording van de wettekst. Daar waar de Hoge Raad afwijkt van de letterlijke

⁸⁸ Bij de wijziging van de deelnemingsvrijstelling in 1990 zijn de woorden 'binnen het Rijk belastbare winst' gewijzigd in 'in Nederland belastbare winst'. De regeling die sinds 1990 te vinden is in art. 13, eerste lid, is niet materieel gewijzigd.

bewoording van de tekst, wordt veelal een beroep gedaan op de redelijkheid van de wet. Ofschoon de bewoording van de wet niet aan duidelijkheid te wensen overlaat, geeft de Hoge Raad de voorkeur aan een redelijke uitleg van het wetsartikel. De Hoge Raad grijpt in die gevallen de onredelijkheid van het resultaat van een letterlijke wetstoepassing aan voor een afwijking van de bewoording van de wet. Volgens de Hoge Raad zou de wetgever een dergelijk ongerijmd resultaat immers niet gewild hebben.

Een beroep op een ander instrument van rechtsvinding dan de grammaticale interpretatie dient de rechter met gepaste terughoudendheid toe te passen. Het is niet de bedoeling dat gebreken in de wetgeving met een beroep op de wetssystematiek, wetshistorie of redelijkheid ten nadele van de belastingplichtige worden gerepareerd. De belastingplichtige behoeft immers niet het risico te dragen van een al te lichtzinnige wetgever. Het legaliteitsbeginsel van art. 104 van de Grondwet dient te verhinderen dat de belastingautoriteiten met een beroep op de wetssystematiek, wetshistorie of de redelijkheid, de wettekst ten nadele van belastingplichtigen opzij zetten. Met name indien de wetgever de mogelijkheid heeft gehad gebreken in de wetgeving te repareren, maar hij dit heeft nagelaten te doen, ligt het niet op de weg van de rechter de leemte in de wetgeving zodanig in te vullen dat een op zich duidelijk wettekst ten nadele van de belastingplichtige wordt uitgelegd. De rechter dient slechts bij hoge uitzondering af te wijken van een duidelijk tekst van de wet. Slechts ingeval de wetgever een lacune in de wet niet heeft voorzien, hij de mogelijkheid niet heeft gehad de lacuneuze wetgeving te repareren, en het resultaat zo evident ongerijmd is, bestaat de mogelijkheid voor de rechter om de wettekst met een beroep op de wetssystematiek, wetshistorie of redelijkheid ten nadele van de belastingplichtige opzij te zetten.

2.3.6.3 *Wettelijke basis substancevoorwaarden*

Tijdens de parlementaire behandeling is door de staatssecretaris opgemerkt dat voor de vorming van een financiële risicoreserve sprake dient te zijn van een reële, duurzame en zelfstandige activiteit.⁸⁹ Deze begrippen zijn tijdens het wetgevingsproces niet nader toegelicht. Enige maanden na afsluiting van de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris enige uitleg gegeven over de invulling van deze begrippen. De criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking vormen het uitgangspunt voor deze substance-eisen. Daarnaast zal de eis van de centrale spilfunctie worden gesteld. Benadrukt zij dat deze toelichting is gegeven na afsluiting van de parlementaire behandeling. De staatssecretaris handelt in die fase niet meer in de hoedanigheid van wetgever maar van uitvoerend orgaan. Aan uitlatingen gedaan door een uitvoerend orgaan is een burger niet zonder meer gebonden. De bevoegdheid tot het doen van

89. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 52b, Memorie van antwoord, blz. 2. Uitgebreid zie § 2.3.2

deze uitlatingen is immers niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid gegeven.⁹⁰ Dergelijke uitlatingen kunnen niet gelden als algemeen verbindende voorschriften.⁹¹ Uiteraard kan de staatssecretaris wel zijn opvatting bekend maken over de interpretatie van een onduidelijke wettelijke bepaling. Deze uitleg door de staatssecretaris dient zo objectief mogelijk te worden vastgesteld. Hij mag niet het oogmerk hebben buiten de betekenis van de wettelijke bepaling te treden ten nadele van de belastingplichtige.⁹² Krijgt een wettelijke bepaling door de staatssecretaris een betekenis toegekend die niet op enigerlei wijze uit de bepaling afgeleid kan worden, dan is sprake van een zogenaamde intimidatie-uitleg. Een dergelijke uitleg is strijdig met het legaliteitsbeginsel.

Voorzover de wettekst duidelijk is en niet voor meerdere uitleg vatbaar, dient de betekenis met behulp van de grammaticale interpretatiemethode te worden vastgesteld. Voorzover de wettelijke bepaling vatbaar is voor meerdere uitleg, kan de staatssecretaris met behulp van bijvoorbeeld een wetshistorische interpretatie welke gebaseerd is op uitlatingen tijdens de parlementaire behandeling, een bepaalde betekenis toekennen aan de wettekst. Slechts bij hoge uitzondering kan van een duidelijke wettekst worden afgeweken. Dit betreft de gevallen waarbij de wetgever een leemte in de wet niet heeft voorzien, hij de mogelijkheid niet heeft gehad deze leemte te repareren, en het resultaat van een grammaticale wetstoepassing evident ongerijmd is. In het kader van de concernfinancieringsregeling heeft de staatssecretaris de uitlatingen inzake de substancevoorwaarden gedaan ter toelichting op hetgeen tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is opgemerkt. Deze uitlatingen en de opmerkingen tijdens de parlementaire behandeling hebben slechts enige betekenis voorzover de wettelijke bepaling van art. 15b, de ruimte biedt voor een wetshistorische interpretatie. Laatstgenoemde interpretatiemethode dient slechts als ondersteuning van een grammaticale uitleg van de wettekst. Bij een duidelijke bewoording van art. 15b, geniet een grammaticale interpretatie de voorkeur. Is de uitleg van de staatssecretaris inzake de substancevoorwaarden niet op de tekst van art. 15b gebaseerd, dan kunnen deze voorwaarde niet rechtens worden gesteld aan lichamen die een risicoreserve wensen te vormen. In de volgende onderdelen is beoordeeld in hoeverre de drie kernvoorwaarden op de wettekst zijn terug te voeren.

90 In art. 104 Grondwet is het legaliteitsbeginsel vastgelegd 'Belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet. Andere heffingen van het Rijk worden bij de wet geregeld'. Dit beginsel is een waarborg tegen een willekeurig handelend uitvoerend orgaan. Een burger is dus niet gebonden aan eigen opinies van een uitvoerend orgaan, indien ter zake daarvan de wettelijke grondslag ontbreekt.

91 Zie HR 28 maart 1990, BNB 1990/194, waarin de Hoge Raad overweegt dat regels die een bestuursorgaan vaststelt omtrent de uitoefening van zijn beleid, niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens een wetgevende bevoegdheid zijn gegeven. Overigens kan het bestuursorgaan hieraan wel gebonden zijn tegenover burgers.

92 Zie R. H. Happé, Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming, Fiscale monografie nr. 77, Kluwer Deventer, 1996, blz. 26-31.

2.3.6.3.1 Rechtsgrond zelfstandigheids criterium

Het substancevereiste dat het in Nederland gevestigde hoofdhuis de financieringsactiviteiten zelfstandig dient te verrichten ten opzichte van de buitenlandse vaste inrichting, wordt gedragen door de bewoording van art. 15b, eerste lid, Wet Vpb 1969, dat 'de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland moeten worden verricht'.⁹³ In de parlementaire behandeling is het vereiste dat de activiteiten uitsluitend vanuit Nederland moeten worden verricht uitgelegd als een voorwaarde die inhoudt dat de financieringsactiviteiten niet mogen worden verricht vanuit een buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam. Enige financieringsactiviteit in de buitenlandse vaste inrichting is derhalve niet toegestaan op grond van de wettekst. Zelfs niet indien de activiteiten van het Nederlandse hoofdhuis functioneel of geografisch gescheiden zijn van de financieringsactiviteiten van de buitenlandse vaste inrichting.

De voorwaarde dat binnen een multinationalaal concern het CFA-lichaam met betrekking tot de financieringsactiviteiten als centrale spil dient te fungeren, is niet op de wettekst gebaseerd.⁹⁴ In art. 15b, eerste lid, Wet Vpb 1969, is namelijk het woord 'en' gevoegd tussen het vereiste dat het lichaam deel moet uitmaken van een internationaal werkzaam concern en de voorwaarde dat uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten worden verricht. Het achterwege laten van het woord 'en' zou beide vereisten immers hebben doen samenvloeien tot de voorwaarde dat het lichaam deel moet uitmaken van een internationaal concern dat uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten verricht. Vergelijkbare financieringsactiviteiten elders binnen het concern – al dan niet in Nederland – lijken mitsdien toegestaan.⁹⁵

Kan de centrale spilfunctie eventueel gebaseerd zijn op art. 15b, achtste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, zoals de staatssecretaris van mening is?⁹⁶ Het achtste lid biedt de inspecteur de mogelijkheid voorwaarden te stellen aan de vorming van een risicoreserve. Deze voorwaarden beogen hoofdzakelijk het oneigenlijk gebruik van de regeling tegen te gaan en de belastingheffing en invordering te verzekeren.⁹⁷ In onderdeel a tot en met e van het achtste lid worden de grenzen aangegeven waarbinnen de voorwaarden gesteld kunnen worden. De strekking van deze voorwaarden ziet mijns inziens niet op het vereiste van de centrale spilfunctie. Overigens kunnen deze voorwaarden evenmin het realiteits- en duurzaamheidscriterium dragen. De

⁹³ Zie § 2.4.8

⁹⁴ Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad 1998, blz. 573, en N.H. de Vries en L.W. Sillevius, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 2.20 a (suppl. 281, december 1998).

⁹⁵ Meerdere CFA-lichamen binnen een concern kan tot onvoorziene gevolgen leiden. Een financieringsverlies dat is geleden door een concernlichaam zal bijvoorbeeld strikt genomen in mindering moeten komen op alle risicoreserves.

⁹⁶ Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op vraag 7 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's Gravenhage, 6 oktober 1997, V-N 1997, blz. 3853-3855.

⁹⁷ Zie § 3.4

centrale spilfunctievoorwaarde lijkt niet te kunnen worden gesteld binnen het kader zoals aangegeven in het achtste lid. Aangezien de inspecteur bij het stellen van de voorwaarden is gebonden aan de grenzen die gesteld zijn in het achtste lid, zal de inspecteur deze substancevoorwaarde niet door middel van zijn voorwaarden kunnen opleggen. Deze zienswijze is bevestigd door de modelbeschikking van 2 oktober 1997. Deze modelbeschikking dient als richtsnoer voor de voorwaarden die de inspecteur ingevolge art. 15b, achtste lid, kan stellen. In de modelbeschikking is de centrale spilfunctie-voorwaarde, evenals het realiteits- en duurzaamheidscriterium, niet opgenomen.

2.3.6.3.2 Rechtsgrond realiteitscriterium

De realiteitsvoorwaarde is niet ontleend aan de wettekst. Een bepaalde personele bezetting of kantoorfaciliteit lijkt niet te kunnen worden verlangd. De wettekst van art. 15b laat zich niet zodanig oprekken dat deze substancevoorwaarde daar onder geschaard kan worden. Voor de vorming van een risicoreserve dient een lichaam wel als binnenlands of buitenlands belastingplichtig lichaam te kwalificeren. Teneinde aangemerkt te worden als een in Nederland gevestigd lichaam of een Nederlandse vaste inrichting, zal enige substance aanwezig dienen te zijn in Nederland. Hiermee is evenwel niets gezegd over het realiteitsgehalte van de financieringsactiviteiten op zich. Slechts indien een binnenlands of buitenlands belastingplichtig lichaam uitsluitend financieringsactiviteiten verricht zal veelal impliciet aan deze voorwaarde zijn voldaan. Een uitzondering hierop is het naar Nederlands recht opgerichte lichaam dat steeds geacht wordt in Nederland te zijn gevestigd. Ongeacht de aanwezigheid van enige substance in Nederland is een dergelijk lichaam binnenlands belastingplichtig en kan, mits voldaan aan de voorwaarden van art. 15b, eerste lid, en de door de inspecteur gestelde voorwaarden, een risicoreserve vormen.

2.3.6.3.3 Rechtsgrond duurzaamheidscriterium

De duurzaamheidsvoorwaarde wordt evenmin gedragen door de bewoording van art. 15b Wet Vpb. 1969. Eisen ten aanzien van een bepaalde periode waarin de financieringsactiviteiten moeten worden verricht, lijken niet te kunnen worden gesteld. Indien een Nederlandse vaste inrichting met uitsluitend financieringsactiviteiten een risicoreserve vormt, zal wel impliciet aan dit vereiste zijn voldaan. Zoals opgemerkt in § 2.2.3.1 wordt een vaste inrichting pas geconstateerd als een ruimte aanwezig is, welke is ingericht om duurzame bedrijfsactiviteiten uit te oefenen. De ondernemingsactiviteiten moeten derhalve gedurende een bepaalde periode worden uitgeoefend. Een min of meer sporadische activiteit is in beginsel niet voldoende. Een vaste inrichting in Nederland impliceert derhalve een zekere duurzaamheid van de daarin aanwezige activiteiten. Indien in een bedrijfsinrichting uitsluitend financieringsactiviteiten worden verricht, moeten deze activiteiten duurzaam worden verricht ten einde te kwalificeren als een vaste inrichting. Een Nederlandse vaste inrichting met

uitsluitend financieringsactiviteiten zal derhalve haar werkzaamheden per definitie duurzaam vanuit Nederland verrichten.

2.3.6.3.4 Conclusie

Nu de wettekst van art. 15b Wet Vpb. 1969 niet aan duidelijkheid te wensen overlaat, kan niet met een beroep op de wetshistorie de tekst van art. 15b zodanig worden opgerekt dat de inspecteur substancevoorwaarden kan stellen aan een CFA-lichaam. De uitlatingen gedaan na afsluiting van de parlementaire behandeling zijn gedaan in de hoedanigheid van uitvoerend orgaan. Aan dergelijke bezwarende uitlatingen is een belastingplichtige niet gebonden. De uitlatingen van de staatssecretaris in de hoedanigheid van wetgever tijdens de parlementaire behandeling zijn voor het merendeel niet terug te voeren op enige wettelijke bepaling. Nu de substancevoorwaarden, met uitzondering van het vereiste van zelfstandigheid binnen het lichaam, niet rechtens gesteld kunnen worden, is het voor de vorming van een risicoreserve, afgezien van de wettelijke voorwaarden van art. 15b, eerste lid, en de door de inspecteur te stellen voorwaarden, in beginsel voldoende dat sprake is van een binnenlands of buitenlands belastingplichtig lichaam. Daar de kwalificatie als lichaam toereikend is om een risicoreserve te vormen, kunnen geen andere substancevoorwaarden worden gesteld dan vereist zijn om als een in Nederland gevestigd lichaam of Nederlandse vaste inrichting te worden aangemerkt.

2.4 CONCERN

2.4.1 Inleiding

Binnen de concernfinancieringsregeling neemt het concernbegrip een centrale plaats in. Een risicoreserve kan immers slechts worden gevormd door een lichaam dat deel uitmaakt van een internationaal werkzaam concern. Daarnaast moet het CFA-lichaam financieringsactiviteiten verrichten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen. De winst behaald met laatstgenoemde activiteiten kan worden gedoteerd aan de risicoreserve. Naast deze financieringswinst kan eveneens de opbrengst van kortlopende beleggingen aan de risicoreserve worden gedoteerd. Deze beleggingen moeten ingevolge art. 15b, derde lid, worden aangehouden voor de financiering van overnames die passend zijn bij de omvang en liggen in de lijn van de activiteiten van het concern. Voorts kan ingevolge voorwaarde V.13 van de modelbeschikking een tot het concern behorend lichaam worden verzocht zekerheid te stellen bij de ontvanger teneinde de belastingclaim op de risicoreserve zeker te stellen. Uit het voorgaande blijkt het belang van het concernbegrip voor de concernfinancieringsregeling.

In art. 15b, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969, is een definitie van het begrip 'concern' opgenomen. Voor de toepassing van art. 15b wordt onder 'concern' ver-

staan 'de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, waarbij voor de bepaling van het belang als bedoeld in dat artikellid buiten aanmerking blijven aandelen die bij de ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam'.

Ingevolge art. 10a, vierde lid, Wet Vpb. 1969, wordt als een met belastingplichtige verbonden lichaam aangemerkt:

- a. een lichaam waarin de belastingplichtige voor ten minste een derde gedeelte belang heeft;
- b. een lichaam dat voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige;
- c. een lichaam waarin een derde voor ten minste een derde gedeelte belang heeft, terwijl deze derde tevens voor ten minste een derde gedeelte belang heeft in de belastingplichtige.⁹⁸

Een samenwerkende groep van niet-verbonden lichamen kan bij de inspecteur verzoeken als verbonden lichamen te worden aangemerkt. Deze mogelijkheid van verbondenheid op verzoek is behandeld in § 2.4.5.

Voor het concernbegrip zoekt art. 15b, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969 aansluiting bij het begrip 'verbonden lichaam' als omschreven in art. 10a, vierde lid.⁹⁹ In deze begripsomschrijving neemt het criterium van 'een derde gedeelte' een centrale plaats. De wetgever heeft voor het concernbegrip geen aansluiting gezocht bij het begrip 'groep' zoals gebezigd in art. 2: 24b BW.¹⁰⁰ Blijkens art. 2: 24b wordt onder een 'groep' verstaan een economische eenheid waarin de rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. In de literatuur wordt aangenomen dat het begrip 'groep' een centrale leiding impliceert. De vereisten van een economische eenheid en organisatorische verbondenheid veronderstellen een centrale leiding, welke zeggenschap uitoefent over de tot de groep behorende lichamen.¹⁰¹ Hierbij is niet van belang of men de meerderheid van het geplaatst aandelenkapitaal bezit. Beslissend is de feitelijke controle over een lichaam. Een meerderheidsbelang in een lichaam kan samengaan met de feitelijke controle, maar noodzakelijk is dat niet. Voor het concernbegrip in de zin van art. 15b jo. art. 10a, vierde lid, wordt, gezien

98 Volgens het op 26 oktober 1999 ingediende wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid (TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 854) wordt art. 10a, zesde lid, toegevoegd, inhoudende dat indien een belastingplichtige deel uitmaakt van een fiscale eenheid, een met de belastingplichtige verbonden lichaam tevens wordt aangemerkt als een verbonden lichaam van de andere van die fiscaal eenheid deel uitmakende belastingplichtigen

99 Geen aansluiting is gezocht bij het bepaalde in art. 8, derde lid, onderdeel b en c, Wet Vpb. 1969, waarin de investeringsaftrek is uitgesloten tussen geheerde lichamen. Ingevolge art. 8 kan uitsluitend aandeelhouderschap tot geheerdheid leiden, terwijl art. 10a, vierde lid, spreekt van 'belang'.

100 Aan de begrippen 'groep' en 'concern' wordt in de doctrine veelal dezelfde betekenis toegekend.

101 E. J. J. van de Heijden en W. C. L. van der Grinten, Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Tjeenk Willink Zwolle, 1992, blz. 47, en S. M. Bartman en A. F. M. Dorresteyn, Van het concern, Gouda Quint Deventer, 1997, blz. 40.

het 'een derde criterium', geen aansluiting gezocht bij een machts criterium. Behoort een lichaam ingevolge art. 15b jo. art. 10a, vierde lid, tot een concern, dan betekent zulks niet automatisch dat de zeggenschap in het betreffende lichaam kan worden uitgeoefend. Nu voor de concernfinancieringsregeling geen aansluiting is gezocht bij het machts criterium, kan een lichaam onderdeel uitmaken van twee of drie concerns in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel c. Indien deze concerns ieder een risico-reserve vormen, zal een financieringsverlies dat is geleden door het betreffende lichaam, strikt genomen in mindering moeten worden gebracht op alle risicoreserves. Deze problematiek kan worden voorkomen door de inspecteur te verzoeken een verbonden lichaam als niet-verbonden aan te merken.¹⁰²

2.4.2 Het begrip 'lichaam'

In de Wet Vpb. 1969 dient het begrip 'lichaam' te worden opgevat conform hetgeen hieronder wordt verstaan in art. 1 Wet Vpb. 1969.¹⁰³ Ook het lichaamsbegrip als onderdeel van de definitie van 'verbonden lichaam' in art. 10a Wet Vpb. 1969, lijkt derhalve te moeten worden uitgelegd als omschreven in art. 1. Volgens de parlementaire toelichting op art. 1 Wet Vpb. 1969 dient het woord 'lichamen' als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen van de vennootschapsbelasting.¹⁰⁴ Enerzijds zou een verwijzing naar art. 1 dus kunnen betekenen dat slechts in Nederland vennootschapsbelastingplichtige lichamen als verbonden lichaam kunnen worden aangemerkt. Dit heeft als gevolg dat een vennootschap onder firma of een in het buitenland belastingplichtig lichaam, tenzij opgericht naar Nederlands recht, nimmer een verbonden lichaam kan zijn in de zin van art. 10a, vierde lid. Als gevolg daarvan zou een dergelijk lichaam nimmer onderdeel kunnen uitmaken van een concern in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969. Een concern zal in deze opvatting niet of nauwelijks aan de anti-misbruikbepalingen van art. 13b, 13c en 13d, Wet Vpb. 1969 – geen enkele reële betekenis hebben.

Een ruimere uitleg van het begrip 'lichamen' in art. 1 ligt, ondanks de enge wettshistorische interpretatie, meer voor de hand. Art. 1 spreekt van '... belasting geheven van de lichamen vermeld in de artikelen 2 en 3'. Onder het begrip 'lichamen' in deze bepaling zouden in beginsel alle rechtspersonen, vennootschappen, ondernemingen en andere entiteiten kunnen worden verstaan, ongeacht waar deze belastingplichtig zijn. Door de verwijzing naar art. 2 en 3 blijft de belastingplicht voor de vennootschapsbelasting beperkt tot de lichamen zoals opgesomd in art. 2 en 3. Deze opsomming wordt dus niet beschouwd als een definitie van het begrip 'lichamen', maar slechts als een lijst met belastingplichtige entiteiten. Het lichaamsbegrip in art. 10a,

¹⁰² Zie § 2.4.6

¹⁰³ TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 19

¹⁰⁴ TK, vergaderjaar 1959-1960, 6000, nr. 3. Memorie van toelichting, blz. 17 lk

vierde lid, en art. 15b omvat in deze opvatting dus alle entiteiten ongeacht waar deze aan belasting onderworpen zijn. Deze opvatting is gezien de strekking van de concernfinancieringsregeling het meest plausibel.

2.4.3 Het begrip 'belang'

Voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling neemt in de omschrijving van het begrip 'concern', de uitdrukking 'belang' een centrale plaats in.¹⁰⁵ De betekenis van het begrip 'belang' is niet scherp omlijnd. Het begrip 'belang' maakt onderdeel uit van het begrip 'verbonden lichaam'. De in art. 10a, vierde lid, opgenomen definitie van 'verbonden lichaam' is in haar geheel overgenomen uit artikel 13b, zesde lid Wet Vpb. 1969, zoals dat luidde van 1990 tot 1997. De term 'belang', als onderdeel van het begrip 'verbonden lichaam', heeft in art. 10a, vierde lid, dezelfde betekenis als in art. 13b, zesde lid.¹⁰⁶ De definitie van 'verbonden lichaam' is in 1990 in art. 13b, zesde lid, opgenomen ter vervanging van de in art. 13, vijfde lid, opgenomen verwijzing naar art. 23d, eerste lid, onderdeel b en c. In art. 23d werd gesproken van 'aandeelhouderschap', in tegenstelling tot art. 13b en art. 10a waarin het belangcriterium is opgenomen.

2.4.3.1 *Belang in niet-aandelenvennootschap*

In de toelichting op art. 13b, zesde lid, is opgemerkt dat door het gebruik van de term 'belang' niet alleen vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal als verbonden lichaam kunnen worden aangemerkt, maar ook dat relaties met lichamen die geen in aandelen verdeeld kapitaal hebben, hieronder zijn begrepen.¹⁰⁷ Men kan hierbij denken aan een belang in een vennootschap onder firma of een commanditaire vennootschap. Dergelijke lichamen lijken dus eveneens deel uit te kunnen maken van een concern ten behoeve waarvan het CFA-lichaam financieringsactiviteiten verricht. De vraag rijst evenwel hoe de omvang van het belang in niet-aandelenvennootschappen dient te worden bepaald. Men zou hiervoor als maatstaf kunnen hanteren de mate van deelname in het kapitaal, de mate van winstgerechtigdheid of de mate van gerechtigdheid tot de reserves.

105. In art. 37, vierde lid, Wet BRV, is het begrip 'concern' omschreven als 'een lichaam waarvan niet alle of nagenoeg alle aandelen onmiddellijk of middellijk in het bezit zijn van een ander lichaam, te zamen met alle andere lichamen waarin het onmiddellijk of middellijk alle of nagenoeg alle aandelen bezit'. In dit concernbegrip is de term 'aandelenbezit' centraal gesteld. Hierbij behoeft geen onderscheid te worden gemaakt tussen de diverse soorten geplaatste aandelen. Het lijkt niet relevant of het aandelenbezit tevens een stemrecht omvat of een deelgerechtigdheid in het vermogen.

106. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van verslag, blz. 35.

107. TK, vergaderjaar 1986-1987, 19 968, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 11.

2.4.3.2 *Belang in aandelenvennootschap*

Het feit dat een niet-aandelenvennootschappen als verbonden lichaam kan kwalificeren doet de vraag rijzen of een belang in een aandelenvennootschappen kan ontstaan zonder het vereiste aandeel in het geplaatst of gestort kapitaal van de vennootschap. Kunnen bepaalde zeggenschapsrechten, bijvoorbeeld aandelen met bijzondere stemrechten, ook tot een belang in een aandelenvennootschap leiden. Kan er sprake zijn van een belang in de zin van art. 10a, vierde lid, ondanks dat het belang in het geplaatst of gestort kapitaal minder bedraagt dan een derde gedeelte?

2.4.3.2.1 *Parlementaire geschiedenis*

Zoals reeds opgemerkt is in 1990 bij invoering van art. 13b, zesde lid, Wet Vpb. 1969, het begrip 'belang' geïntroduceerd. Art. 13b, zesde lid, is opgenomen ter vervanging van de in art. 13, vijfde lid, opgenomen verwijzing naar art. 23d, eerste lid, onderdeel b en c, waarin werd gesproken van 'aandeelhouderschap'. De wetgever heeft het begrip 'aandeelhouderschap' zoals dat werd gebezigd in art. 23d, bewust gewijzigd in het begrip 'belang'. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel tot invoering van art. 13b, zesde lid, is opgemerkt:

'Het begrip belang omvat mede relaties met lichamen die geen in aandelen verdeeld kapitaal hebben. Voorts wordt met het begrip "belang" bereikt dat bij vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal niet uitsluitend het aandeel in het gestorte kapitaal beslissend is maar ook het aandeel in het geplaatste kapitaal.'¹⁰⁸

De toelichting op het begrip 'belang' in de zin van art. 10a, vierde lid, is grotendeels ontleend aan voornoemde toelichting op art. 13b, zesde lid:¹⁰⁹

'In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel dat heeft geleid tot het laatstgenoemde artikellid (art. 13b, zesde lid, AvS) is aangegeven dat door de gehanteerde term "belang" niet alleen vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal onder de regeling vallen. Een consequentie daarvan is dat bij vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal niet meer uitsluitend het aandeel in het gestorte kapitaal, maar ook het aandeel in het geplaatst kapitaal een rol speelt. Het laatste impliceert dat niet alleen het financiële belang doorslaggevend hoeft te zijn. Het stemrecht wordt immers vooral bepaald door het aandeel in het geplaatste kapitaal en door de aard van de aandelen, terwijl het financiële belang vooral wordt bepaald door het aandeel in het gestorte kapitaal.'

Uit zowel de toelichting op art. 13b, zesde lid, als de toelichting op art. 10a, vierde lid, blijkt dat een belang van een derde gedeelte in het geplaatst kapitaal van een

108. TK, vergaderjaar 1986-1987, 19 968, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 11

Een belang in het geplaatst kapitaal duidt op zeggenschap. Voor de uitoefening van het stemrecht maakt het immers geen verschil of de aandelen al dan niet zijn volgestort. Bij de bepaling van de winstuitkering is slechts het gestorte bedrag van belang. Houders van niet-volgestorte aandelen krijgen naar evenredigheid minder.

109. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van verslag, blz. 35.

vennootschap in ieder geval tot verbondenheid leidt. Daar in geval van certificering van aandelen het financieel belang berust bij de certificaathouders, lijkt ook in die situatie sprake te kunnen zijn van een belang. De vraag is evenwel of ook bijzondere zeggenschapsrechten tot een belang, en dus verbondenheid kunnen leiden. Opvallend in de toelichting op art. 10a, vierde lid, is dat in aanvulling op de toelichting van art. 13b, zesde lid, een tweetal volzinnen is toegevoegd waarin de nadruk wordt gelegd op de niet-financiële rechten. Naast het financiële belang lijkt ook de zeggenschap doorslaggevend te kunnen zijn voor de bepaling van een belang. 'Het stemrecht wordt immers vooral bepaald door het aandeel in het geplaatste kapitaal en door de aard van de aandelen', aldus de staatssecretaris. Behalve het aandeel in het geplaatst kapitaal kan volgens de staatssecretaris ook de aard van de aandelen, bijvoorbeeld prioriteitsaandelen, bepalend zijn voor de zeggenschap in een vennootschap. Dergelijke aandelen lijken derhalve ook tot een belang, en dus tot verbondenheid te kunnen leiden. Deze toelichting betekent naar mijn mening dat niet uitsluitend het aandeel in het geplaatst of gestort kapitaal de omvang van het belang bepaalt. Ook kan een belang aanwezig zijn dat niet uitsluitend op de gerechtigdheid in het aandelenkapitaal is gebaseerd. De vraag is dan wel op welke wijze de omvang van het belang dient te worden bepaald.

2.4.3.2.2 Wettekst

In art. 10a, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb. 1969 komt de volgende zinsnede voor: '... behoudens voorzover een wijziging wordt aangebracht in het uiteindelijke belang dan wel de uiteindelijke zeggenschap in dat lichaam ...'. De wetgever lijkt hiermee aan te geven dat het belangcriterium naast het zeggenschaps criterium toegepast dient te worden. Het zeggenschaps criterium maakt in het kader van art. 10a, tweede lid, geen onderdeel uit van het belangcriterium.¹¹⁰

Voornoemd criterium van art. 10a, tweede lid, is ontleend aan het arrest HR 26 april 1989, BNB 1989/217. Daarin was sprake van een verkoop van aandelen binnen de groep. Als gevolg van deze verkoop ontstaat een schuld van de kopende groepsvennootschap aan de verkopende groepsvennootschap. Zonder dat er iets wezenlijks verandert ontstaat een rentelast bij de kopende vennootschap. De Hoge Raad bevestigt de overweging van het Hof dat '(...) deze omzetting echter geen wezenlijke verandering heeft gebracht in de vermogenspositie van C, noch in het belang of de zeg-

¹¹⁰ Ook in art. 47a, eerste lid, AWR, worden de begrippen 'belang' en 'zeggenschap' naast elkaar gebruikt. Het begrip 'belang' is gebezigd in relatie tot vennootschappen met een in aandelen verdeeld kapitaal, het begrip 'zeggenschap' in relatie tot overige lichamen. Dit wekt de suggestie dat het begrip belang slechts ziet op relaties met lichamen die een in aandelen verdeeld kapitaal hebben. Anderzijds wordt in de parlementaire toelichting op art. 47a AWR gerefereerd aan de term belang in art. 13b, waarover is opgemerkt dat dit begrip meer omvat dan alleen relaties met een in aandelen verdeeld kapitaal. Aangezien tijdens de parlementaire behandeling van art. 47a AWR de begrippen belang en zeggenschap niet nader zijn toegelicht, blijft deze bepaling buiten beschouwing (TK, vergaderjaar 1988-1989, 21 034, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 10).

genschap van A (de verkopende vennootschap, AvS) in C ()' De Hoge Raad onderscheidt dus het belang en de zeggenschap. Deze criteria zijn door de wetgever per 1 januari 1997 opgenomen in art. 10a, tweede lid, onderdeel b, Wet Vpb 1969. Het feit dat de Hoge Raad de begrippen 'belang' en 'zeggenschap' naast elkaar gebruikt lijkt erop te duiden dat de term 'belang' uitsluitend het financiële belang omvat. Hierbij dient bedacht te worden dat op het moment dat het Hof bovengenoemde overweging op 29 januari 1986 uitsprak en de Hoge Raad deze overweging bevestigde in haar arrest van 26 april 1989, het begrip 'belang' nog niet was opgenomen in de Wet op de vennootschapsbelasting. Het begrip 'belang' is immers pas in 1990 geïntroduceerd in art. 13b, zesde lid. In de sfeer van de renteaftrekconstructies zijn in navolging van BNB 1989/217 ook na 1990 de begrippen 'belang' en 'zeggenschap' naast elkaar gebruikt, zonder acht te slaan op het inmiddels in art. 13b, zesde lid, geïntroduceerde begrip 'belang'. Het feit dat art. 10a, tweede lid, voortbordurt op het arrest BNB 1989/217 duidt er mijns inziens op dat het daarin gebezigde begrip 'belang' niet gelijkkluidend behoeft te zijn aan het eerst in 1990 in art. 13b, zesde lid (oud), opgenomen begrip 'belang'. Voor de toepassing van art. 10a, vierde lid – welke bepaling is opgenomen ter vervanging van art. 13b, zesde lid – lijkt het begrip 'belang' een eigen inhoud te hebben. Overigens komt het in één wet opnemen van een term die verschillende betekenissen heeft, de wetssystematiek niet ten goede.

2.4.3.2.3 Literatuur

Aangezien het begrip 'belang' niet nader is omschreven, is in de literatuur reeds enige jaren een discussie gaande over de uitleg van het begrip 'belang' in de zin van art. 10a, vierde lid. Van der Geld is van mening dat het belangcriterium slechts ziet op een belang bij de aandelen.¹¹¹ In plaats van aandeelhouderschap is het belangcriterium uitsluitend opgenomen om ook andere lichamen dan aandelenvennootschappen onder de regeling te kunnen brengen. Het belang bij een aandelenvennootschap wordt louter aan de aandeelhoudersrelatie afgemeten.¹¹² Rijkels meent eveneens dat het begrip 'belang' alleen ziet op aandelenbelang.¹¹³ Ook De Hosson¹¹⁴ en Nielke¹¹⁵ sluiten zich aan bij de uitleg van Van der Geld. Volgens Nielke kan de term 'belang' bij aandelenvennootschappen slechts zien op kapitaaldeelnamen, daaronder begrepen geldleningen die voor de heffing van vennootschapsbelasting als kapitaal kwalificeren. Het element 'zeggenschap' kan volgens hem slechts een rol

111 J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel ter reparatie van de deelnemingsvrijstelling, FED 1987/225, blz. 934, en J.A.G. van der Geld, De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1990, blz. 147.

112 Het belang ziet zowel op de juridische aandeelhoudersrelatie als de louter economische eigendom van de aandelen.

113 J.S. Rijkels, Boekbespreking van 'De herziene deelnemingsvrijstelling' van J.A.G. van der Geld, FED 1991/294, blz. 953.

114 F.C. de Hosson, Het begrip 'gelieerde ondernemingen' in het nationale en internationale belastingrecht (II), Weekblad 1987, blz. 1454.

115 S.F.M. Nielke, Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, Weekblad 1998, blz. 557-565.

spelen bij andere lichamen dan aandelenvennootschappen. Daarentegen zijn De Vries en Sillevis van mening dat niet uitsluitend betekenis toekomt aan het aandeelhoudersbelang maar dat ook sprake kan zijn van een belang via bepaalde zeggenschapsrechten.¹¹⁶ Grimbergen meent dat met de term ‘belang’ tevens leningsituaties worden aangeduid die voor de heffing van vennootschapsbelasting als kapitaalverstrekkingen worden aangemerkt.¹¹⁷

2.4.3.2.4 Belang en art. 15b Wet Vpb. 1969

Behalve via de gerechtigheid in het aandelenkapitaal kunnen naar mijn mening onder omstandigheden ook zeggenschapsrechten of zelfs bepaalde leningsituaties tot een belang, en dus tot verbondenheid in een aandelenvennootschap leiden. Dit standpunt is gebaseerd op het feit dat de wetgever bij invoering van art. 13b, zesde lid, het begrip ‘aandeelhouderschap’ bewust heeft vervangen door het begrip ‘belang’, en op de toelichting bij art. 10a, vierde lid, waarin is opgenomen dat ook de aard van de aandelen van doorslaggevende betekenis kan zijn voor de bepaling van het belang in een aandelenvennootschap. Voorts dient hierbij nog bedacht te worden dat vóór invoering van art. 15b het begrip belang uitsluitend is gebruikt in anti-misbruikbepalingen, die naar hun aard enigszins restrictief dienen te worden uitgelegd. Daarentegen is art. 15b een facilitaire regeling ter zake waarvan het begrip ‘belang’ minder beperkt behoeft te worden uitgelegd.

Het begrip ‘belang’ dient niet formeel, dat wil zeggen louter de participatie in het aandelenkapitaal beoordelend, te worden uitgelegd. In art. 10a, vierde lid, is met het begrip ‘belang’ een materieel criterium opgenomen. Behalve bepaalde leningsituaties kan ook de feitelijke zeggenschap in een vennootschap tot verbondenheid leiden. De zeggenschap kan op verschillende wijzen tot uitdrukking komen, bijvoorbeeld door middel van het stemrecht in de algemene vergadering van aandeelhouders, het stemrecht in de vergadering van houders van prioriteitsaandelen, een stemovereenkomst, of door bestuursinvloed. Onduidelijk blijft evenwel hoe dit materiële criterium in de praktijk moet worden ingevuld.¹¹⁸

Vorenstaande zienswijze is bevestigd door het Hof Arnhem. Het Hof heeft in een uitspraak namelijk overwogen dat ‘aangenomen moet worden dat de wetgever met de term “belang” in art. 13b, een materieel criterium heeft geïntroduceerd ter vervanging van de formele, cijfermatige eis van gerechtigdheid in het aandelenkapitaal’.¹¹⁹ Het Hof komt in het desbetreffende geval niet tot een concrete uitwerking van deze overweging.

116. N.H. de Vries en L.W. Sillevis, *Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting*, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 2 16 K.g.2 (suppl. 288, april 1999)

117. J.N.P. Grimbergen, *Omzetting van een vaste inrichting in een dochtervennootschap, de reikwijdte van art. 13c Wet Vpb. 1969*, Weekblad 1991, blz. 215-224.

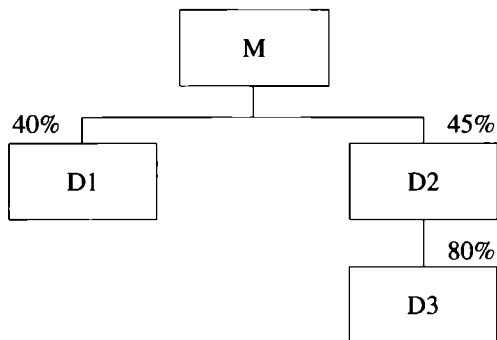
118. Zie ook H.G.M. Dijstelbloem, *Fiscale aspecten van letteraandelen*, TFO 1999, blz. 20.

119. Hof Arnhem 17 juni 1998, V-N 1998, blz. 4883-4887.

2.4.3.3 Direct en indirect belang

De term ‘belang’ omvat zowel directe als indirecte relaties.¹²⁰ Tijdens de parlementaire behandeling is het volgende voorbeeld gegeven.

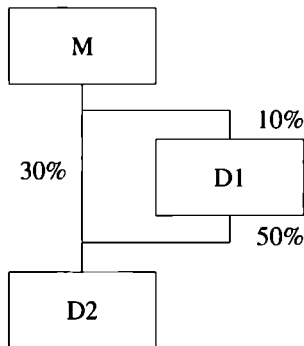
Voorbeeld:



In het geval dat moedermaatschappij M een 40% belang heeft in dochtermaatschappij D1 en een 45% belang heeft in dochtermaatschappij D2, terwijl D2 een belang heeft van 80% in D3, bestaat er verbondenheid tussen D1 en D3. Het indirecte belang van de moedermaatschappij in D3 is immers meer dan één derde. De moedermaatschappij vormt in deze situatie dus een concern met D1, D2 en D3.

De vraag rijst of het indirecte belang alleen meetelt indien de vennootschap via welke de aandelen worden gehouden zelf tot het concern behoort. Een voorbeeld ter verduidelijking:

Voorbeeld:



120 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 35

Moedermaatschappij M houdt rechtstreeks een belang van 30% in D2, en indirect een belang van 5%. M heeft echter slechts een belang van 10% in D1, dat op haar beurt een belang van 50% heeft in D2.

Aangezien het begrip 'belang' zowel directe als indirecte relaties omvat, wordt het belang van D1 in D2 naar evenredigheid van het belang van M in D1 meegeteld. Daar M direct en indirect een belang heeft van 35% in D2, is een concern aanwezig tussen M en D2. D1 behoort niet tot het concern.

2.4.3.4 Uitsluiting preferent aandelenbelang

Ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969, blijft voor de bepaling van het belang als bedoeld in art. 10a, vierde lid, buiten aanmerking de aandelen die bij de ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam.¹²¹ Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat door uitgifte van preferente aandelen een concern geconstrueerd wordt. Preferente aandelen delen immers gewoonlijk niet boven het nominale bedrag mee in het batige saldo na liquidatie. Een 5%-deelneming of een niet-gelieerd lichaam zou door uitgifte van preferente aandelen – als gevolg waarvan het belang groter wordt dan een derde – toch tot een concern kunnen gaan behoren. De financiering van een niet-verbonden lichaam zou op deze wijze kwalificeren als een financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a.¹²²

In plaats van de term 'preferent aandelenkapitaal' spreekt de wet van 'aandelen die bij ontbinding niet delen in de reserves van het lichaam'. De vraag rijst in hoeverre de aandelen dienen te delen in de reserves van het CFA-lichaam. Is het noodzakelijk dat de aandeelhouder gerechtigd is in alle stille reserves bij liquidatie, inclusief de goodwill? Voor het antwoord op deze vraag kan aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie welke is gewezen inzake het ondernemerschap van commanditaire vennoten.¹²³ In HR 19 juni 1996, BNB 1996/305 is aan de orde een geval waarin de commanditair vennoot niet in de goodwill deelt. Hij draagt de geleden verliezen en is gerechtigd tot de stille reserves. De Hoge Raad oordeelt dat niet beslissend is dat medegerechtigdheid bestaat tot elk onderdeel van het vermogen. Voldoende is dat *een* gerechtigdheid bestaat in het overschot bij het einde van de vennootschap. Een commanditair vennoot die niet gerechtigd is tot de goodwill bij liquidatie kan als ondernemer kwalificeren indien hij medegerechtigd is tot de meerwaarde van enig vermogensbestanddeel van de maatschap. Wordt dit arrest doorgetrokken naar het

121 Voor de bepaling van de concernfinancieringswinst blijft ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 1, de winst buiten aanmerking welke is behaald met vermogen van het CFA-lichaam dat bestaat uit aandelen die bij de ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het CFA-lichaam. Zie § 5.2.2.5

122. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 9.

123 Zie ook J.R. Bakker en P.M. Smit e.a., De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting, Kluwer Deventer, 1997, blz. 66

criterium van art. 15b, eerste lid, onderdeel c, dan betekent dit dat zodra een aandeelhouder medegerechtigd is tot enige stille reserve of goodwill in een lichaam, het betreffende aandelenkapitaal niet is uitgezonderd voor de bepaling van de omvang van het belang.

In voorwaarde V.11 van de modelbeschikking is bepaald dat onder de in artikel 15b, eerste lid, genoemde aandelen die niet delen in de reserves van het lichaam, ook worden begrepen de aandelen die weliswaar delen in de genoemde reserves, maar waarbij de normale risico's die behoren bij het bezit van aandelen op enigerlei wijze zijn afgedekt. De staatssecretaris is blijkbaar van mening dat indien een aandeelhouder zijn financiële risico ter zake van bepaalde aandelen op enigerlei wijze heeft afgedekt, deze aandelen niet meetellen voor de bepaling van het belang in het desbetreffende lichaam. De voorwaarde is zodanig ruim geredigeerd dat zelfs een beperkte afdekking van het risico, tot een uitsluiting van de aandelen leidt. Niet van belang is of de aandeelhouder het risico heeft afgedekt bij het lichaam zelf of bij een derde partij.

Ondanks een gehele of ten dele uitsluiting van het financiële risico, behoudt de aandeelhouder de zeggenschap in het lichaam. Nu tijdens de parlementaire behandeling door de staatssecretaris is opgemerkt dat met de term 'belang' – voor de bepaling van de omvang van een concern – tevens bedoeld wordt op het stemrecht,¹²⁴ lijkt het belang in een lichaam niet verloren te gaan als gevolg van een afdekking van het financiële risico. Voorwaarde V.11 van de modelbeschikking lijkt in dit opzicht niet te stroken met de opmerkingen van de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling. Bovendien is de uitbreiding van voorwaarde V.11 niet gebaseerd op de wettekst. Deze voorwaarde lijkt dan ook niet rechtens te kunnen worden gesteld.

2.4.3.5 Kapitaal of lening

Van een belang in een ander lichaam is sprake ingeval kapitaal wordt verstrekt aan dit lichaam of ingeval een verstrekte geldlening voor de heffing van vennootschapsbelasting wordt aangemerkt als een kapitaalverstrekking. Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend.¹²⁵ Deze regel leidt volgens HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 uitzondering in de volgende gevallen:

- 'a. indien alleen naar de schijn sprake is van een lening, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen;

124. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 35.

125. HR 3 november 1954, BNB 1954/357.

- b. indien de lening is verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deel heeft in de onderneming van de schuldenaar,
- c. (...) het geval dat een belastingplichtige op grond van zijn positie als aandeelhouder in een vennootschap in welke hij een deelneming in de zin van art. 13 houdt, aan deze vennootschap en geldlening verstrekt onder zodanige omstandigheden dat aan de uit die lening voortvloeiende vordering, naar hem reeds aanstonds duidelijk moet zijn geweest, voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het door hem ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle zal kunnen worden terugbetaald, zodat het geheel of gedeeltelijk zijn vermogen – voorzover dat niet bestaat uit de aandelen in de dochtervennootschap – blijvend heeft verlaten.’

ad a. Indien sprake is van een schijnhandeling, kwalificeert een geldlening als kapitaal. De inspecteur dient daartoe aan te tonen dat de partijen de bedoeling hebben om in plaats van een kapitaalstorting een geldlening te verstrekken.

ad b. Reeds in het arrest HR 5 juni 1957, BNB 1957/239 overwoog de Hoge Raad dat de civielrechtelijke vorm wordt genegeerd ingeval een lening wordt verstrekt onder zodanige voorwaarden dat de schuldeiser met het door hem uitgeleende bedrag in zekere mate deelneemt in de onderneming van de schuldenaar. De Hoge Raad overweegt in HR 11 maart 1998, BNB 1998/208, dat aan deze voorwaarden slechts is voldaan, indien:¹²⁶

- ‘a. de vergoeding voor de geldverstrekking afhankelijk is van de winst,
- b. de schuld is achtergesteld bij alle concurrente schuldeisers, en
- c. de schuld geen vaste looptijd heeft doch slechts opeisbaar is bij faillissement, surséance van betaling of liquidatie.’

Aan al deze voorwaarden dient te zijn voldaan om de hoofdsom van een geldlening als kapitaalverstrekking te kwalificeren.¹²⁷

ad c. Ongeacht de tussen partijen overeengekomen voorwaarden is reeds bij voorbaat, aan de hand van objectieve maatstaven, duidelijk dat het verstrekte bedrag van geldlening nimmer terugbetaald zal worden.

¹²⁶ In de literatuur waren deze voorwaarden al nader uitgewerkt. Zie J. Hoogendoorn, *Lening en kapitaalverstrekking*, Fiscale Miniaturen, FED Deventer, 1978, blz. 92, E. Aardema, *Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen (I)*, Weekblad 1986, blz. 819, J A G. van der Geld, *Fiscale aspecten van financiële instrumenten*, TFO 1993, blz. 183 en W. Bruins Slot, *De bank als houder van cumulatief preferent aandelenkapitaal*, Weekblad 1996, blz. 1634.

¹²⁷ In HR 17 februari 1999, BNB 1999/176, is een cumulatieve achtergestelde obligatielening als vreemd vermogen aangemerkt, aangezien de vergoeding voor de geldverstrekking niet afhankelijk is van de winst. De enkele omstandigheid dat de betaling van de rente wordt opgeschort indien in enig jaar geen dividend is vastgesteld of betaalbaar gesteld, doet hieraan niet af.

De vraag rijst of in de spiegelbeeldsituatie genoemde uitzonderingen eveneens van toepassing zijn. Met andere woorden, kan een kapitaalverstrekking als lening kwalificeren indien niet aan deze uitzonderingen is voldaan? Kan bijvoorbeeld kapitaal verstrekt zijn onder zodanige voorwaarden dat de kapitaalverstrekker niet deel heeft in de vennootschap waaraan kapitaal is verstrekt? Volgens Dijstelbloem is een fiscale (her)kwalificatie van nominaal aandelenkapitaal als vreemd vermogen niet goed denkbaar. Anders wordt dit wellicht voor de storting van een betrekkelijk gering nominaal cumulatief preferent aandelenkapitaal.¹²⁸ Bruins Slot is van mening dat, ongeacht de omvang, cumulatief preferente aandelen onder omstandigheden fiscaal als vreemd vermogen aangemerkt kunnen worden.¹²⁹

De Hoge Raad heeft in HR 18 maart 1992, BNB 1992/185 het volgende overwogen: 'In de door het Hof vastgestelde feiten ligt besloten dat belanghebbende het (...) vermogen heeft verkregen bij wijze van storting op het door haar geplaatste aandelenkapitaal. Dit brengt mee dat de door haar aangegane verplichtingen (...) uit het eigen vermogen zijn voldaan (...). Dit kan slechts anders zijn indien (...) de omstandigheden waarin en de voorwaarden waaronder de kapitaalverstrekking plaatsvond zodanig waren dat (...) in wezen geen sprake was van een storting van kapitaal door de aandeelhouders (...).' De Hoge Raad lijkt op basis van het leerstuk van schijn en wezen een kapitaalverstrekking te kunnen negeren. In BNB 1992/185 komt de Hoge Raad niet tot een concrete toepassing van het leerstuk van schijn en wezen. Uit deze overweging blijkt niet in hoeverre daardoor een kapitaalstorting als lening wordt ge(her)kwalificeerd. Dit lijkt overigens wel voor de hand te liggen, aangezien de geldverstrekking een andere hoedanigheid kent dan een kapitaalstorting.¹³⁰ Overigens is een al dan niet (her)kwalificatie als lening niet relevant voor de bepaling van de omvang van het concern. Wordt een gepretendeerde kapitaalstorting buiten beschouwing gelaten, dan heeft zulks reeds invloed op de mate van verbondenheid. Gezien voornoemde overweging lijkt de Hoge Raad ook ter zake van een kapitaalstorting niet gebonden aan de civielrechtelijke vormgeving. De feiten en omstandigheden worden voor de toepassing van het belastingrecht zelfstandig gekwalificeerd. Gezien het civielrechtelijke kader van een kapitaalverstrekking (winstafhankelijkheid van vergoeding, zeggenschap, achterstelling bij alle crediteuren) lijkt de fiscale speelruimte om een kapitaalverstrekking te kunnen (her)kwalificeren als lening, evenwel beperkt.¹³¹

De Hoge Raad heeft zich in de spiegelbeeldsituatie beperkt tot een mogelijke toepassing van het leerstuk van schijn en wezen. Alsdan zal ondanks de schijn van een

128. H.G.M. Dijstelbloem, *Fiscale aspecten van letteraandelen*, TFO 1999, blz. 22.

129. W. Bruins Slot, *De bank als houder van cumulatief preferent aandelenkapitaal*, Weekblad, 1996, blz. 1626.

130. Zie ook A.M. Haberham, *Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders*, *Fiscale monografie* nr. 65, Kluwer Deventer, 1993, blz. 194.

131. Zie ook H.M.N. Schonis, *Fiscale aspecten van de doorstart van ondernemingen*, TVVS 1997, blz. 207 en 208, en H.G.M. Dijstelbloem, *Fiscale aspecten van letteraandelen*, TFO 1999, blz. 22.

kapitaalverstrekking, in wezen hiervan geen sprake zijn en heeft de kapitaalverstrekking wellicht te gelden als een geldlening. De Hoge Raad heeft zich tot dusverre nog niet uitgelaten over de vraag of de deelnemerschapsuitzondering toepassing kan vinden in de spiegelbeeldsituatie. Onduidelijk blijft derhalve of een kapitaalverstrekking welke onder zodanige voorwaarden is verstrekt dat de kapitaalverstrekker niet deel heeft in de onderneming, kan worden ge(her)kwalificeerd als lening.¹³² De uitzondering ter zake van de verliesfinanciering lijkt in de spiegelbeeldsituatie minder relevant.

Kenmerkend voor alle drie de uitzonderingen zoals geformuleerd in BNB 1988/217 is dat het bedrag van de geldverstrekking vrijwel definitief het vermogen van de geldgever heeft verlaten. Alsdan kwalificeert de geldverstrekking als een kapitaalverstrekking. De Hoge Raad heeft in BNB 1992/185 overwogen dat een civielrechtelijke kapitaalverstrekking onder omstandigheden fiscaal buiten beschouwing kan worden gelaten. Zo een dergelijke situatie zich al voor kan doen, lijkt een fiscaalrechtelijke afwijking slechts gerechtvaardigd te zijn in het geval dat een geldverstrekking, ondanks de civielrechtelijke vorm van een kapitaalstorting, niet definitief het vermogen van de geldgever heeft verlaten. Bruins Slot noemt de situatie waarbij de geldverstrekker naast cumulatief preferent aandelenkapitaal ook een putoptie jegens de emittent verkrijgt.¹³³ De geldverstrekker is verzekerd van terugbetaling van het verstrekte vermogen. Hij loopt in dit opzicht hetzelfde risico als dat een verstrekker van vreemd vermogen loopt. Gedurende de looptijd van de optie kan de vennootschap niet blijvend over het vermogen beschikken. Het verstrekte aandelenkapitaal lijkt alsdan fiscaal als vreemd vermogen aangemerkt te kunnen worden.

Wat zijn de gevolgen van een dergelijke fiscale herkwalificatie voor de concernfinancieringsregeling? Een herkwalificatie van preferent aandelenkapitaal heeft geen gevolgen, aangezien deze aandelen ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969, sowieso buiten aanmerking blijven voor de bepaling van het belang. Een fiscale herkwalificatie van een civielrechtelijke kapitaalverstrekking zou invloed kunnen hebben op de omvang van het belang, indien het een kapitaalverstrekking betreft anders dan door middel van preferent aandelenkapitaal. Maar ook in een dergelijke situatie behoudt de aandeelhouder, ondanks de fiscale herkwalificatie, zijn stemrecht in het lichaam. Nu tijdens de parlementaire behandeling door de staatssecretaris is opgemerkt dat met de term 'belang' – voor de bepaling van de omvang

132 In het Besluit van de staatssecretaris van Financiën 26 april 2000, nr. DB99/3582M, BNB 2000/204, is het volgende opgemerkt: 'De voorwaarden waaronder het kapitaal aan de VOF wordt verstrekt zijn echter zodanig dat – met een beroep op BNB 1998/208 – naar Nederlands recht fiscaal sprake zou kunnen zijn van een lening.' Met deze opmerking suggereert de staatssecretaris dat een kapitaalverstrekking fiscaal kan worden ge(her)kwalificeerd als lening.

133 W Bruins Slot, De bank als houder van cumulatief preferent aandelenkapitaal, Weekblad, 1996, blz. 1635

van een concern – tevens bedoeld wordt op het stemrecht,¹³⁴ lijkt het belang in een lichaam niet verloren te gaan als gevolg van een fiscale herkwalficatie.

2.4.3.6 *Sfeerovergang*

Door verkoop of emissie kan het belang in een verbonden lichaam dalen beneden een derde. Uiteraard kan zich ook de omgekeerde situatie voordoen, een niet-verbonden lichaam wordt verbonden als gevolg van een toename van het belang tot een derde of meer, of als gevolg van de inwilliging van een verzoek tot verbondenheid. Verliezen bij een ander lichaam behoeven naar mijn mening niet aan de risico-reserve onttrokken te worden, indien het belang in dat lichaam ten tijde van de verliesrealisatie minder bedraagt dan een derde.¹³⁵ Compartimentering van verliezen bij toe- en uittreding uit het concern blijft achterwege. Een logisch gevolg is dat de concernfinancieringswinst evenmin wordt gecompartmenteerd. Wordt met een financieringsactiviteit ten behoeve van een lichaam op enig moment een financieringswinst gerealiseerd, dan behoort deze winst tot de dotatiegrondslag indien het belang in dat betreffende lichaam ten tijde van de winstrealisatie een derde of meer bedraagt.¹³⁶

2.4.4 Het begrip ‘derde’

In art. 10a, vierde lid, Wet Vpb. 1969 is het begrip ‘derde’ gebezigd. Niet geheel duidelijk is wat wordt bedoeld met dit begrip. Tijdens de parlementaire behandeling van art. 13b, zesde lid (oud) en art. 10a, vierde lid, Wet Vpb. 1969, is hieromtrent niets opgemerkt. In de literatuur wordt het eenduidige standpunt ingenomen dat onder een derde zowel een lichaam als een natuurlijk persoon kan worden verstaan.¹³⁷ Hiervoor pleit het gebruik van het begrip ‘derde’. Indien onder een derde uitsluitend lichamen zouden moeten worden verstaan, zou het gebruik van de term ‘ander lichaam’ meer vanzelfsprekend zijn geweest. Dit betekent dat twee lichamen een verbonden lichaam zijn, en daarmee tot hetzelfde concern behoren, als zij een gemeenschappelijk aandeelhouder hebben. Deze aandeelhouder kan een natuurlijk persoon zijn. Een natuurlijk persoon kan zelf uiteraard niet als verbonden lichaam worden aangemerkt.

134. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 35

135. Zie § 6.2.2.10.

136. Zie § 5.2.2.7.

137. N.H. de Vries/L.W. Sillevius, *Cursus Belastingrecht Vennootschapsbelasting*, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 2.16.K.g.3 (suppl. 288, april 1999); D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Fiscale brochures, FED Deventer, 1995, blz. 62; C.J.A.M. van Genneep, *Het verbonden lichaam*, MBB 1993, blz. 1 en 2; E.J.W. Heithuis, *Nogmaals het verbonden lichaam, een reactie*, MBB 1993, blz. 170.

2.4.5 Verbondenheid op verzoek

Indien financieringsactiviteiten worden verricht ten behoeve van een deelneming waarin het belang 30% bedraagt, dan behoort de opbrengst van deze activiteiten niet tot de concernfinancieringswinst. Om deze opbrengst wel tot de financieringswinst te laten behoren kan om verbondenheid worden verzocht. Een andere reden kan bijvoorbeeld gelegen zijn in de vierlandeneis. Door middel van een verzoek om verbondenheid kan een buitenlandse deelneming als vierde mogelijkheid worden aangemerkt, waardoor het concern in beginsel de mogelijkheid heeft een risicoreserve te vormen. Ingevolge art. 10a, vierde lid, Wet Vpb 1969, kan een samenwerkende groep van niet-verbonden lichamen de minister verzoeken deze groep aan te merken als verbonden lichamen. De minister zal bepaalde voorwaarden stellen aan de samenwerking tussen de niet-verbonden lichamen. Onduidelijk is hoe de voorwaarden zullen luiden. Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer geeft de staatssecretaris een tweetal voorbeelden van een samenwerkende groep.¹³⁸ Gedacht kan worden aan de situatie van een concern dat in verschillende landen een topholding heeft die op grond van winstpooling en bestuurlijke verwevenheid materieel als een concern kan worden beschouwd. Daarnaast kan worden gedacht aan lichamen waarbij sprake is van een sterke onderlinge verwevenheid in de bedrijfsvoering en waarin een samenwerkende groep (bijvoorbeeld een familie) in plaats van één natuurlijk persoon een belang heeft van een derde of meer. Voornoemde toelichting van de staatssecretaris betreft slechts een tweetal voorbeelden van samenwerkende groepen van niet-verbonden lichamen. De staatssecretaris zou er evenwel beter aan doen de invulling van de ministeriele voorwaarden aan te geven. Alsdan is voor de belastingplichtigen duidelijk aan welke criteria de samenwerking tussen niet-verbonden lichamen moet voldoen, om op verzoek door de staatssecretaris als verbonden lichamen te kunnen worden aangemerkt.

Indien het verzoek door de minister wordt ingewilligd, beslist de inspecteur bij voor bezwaar vatbare beschikking. Als gevolg van een dergelijke beschikking worden lichamen ook voor de toepassing van de wetsbepalingen zoals genoemd in art. 10a, vierde lid, aangemerkt als verbonden lichamen.¹³⁹ Dit kan onder meer gevolgen hebben voor de beperking van de renteaftrek ingevolge art. 10a, het tijdstip waarop volgens art. 13d, achtste lid, een liquidatieverlies in aanmerking kan worden genomen en de begrenzing van de renteaftrek blijkens art. 15, vierde lid, Wet Vpb 1969. De beweegreden van deze uitbreiding is niet duidelijk. De enige reden om op verzoek de kring van verbonden lichamen uit te breiden is immers de toepassing van concernfinancieringsregeling. Waarom zou de rente ter zake van een lening bij een 10% aandeelhouder plotseling in aftrek beperkt moeten worden nu voor toepassing van art. 15b beide lichamen als verbonden wensen te worden aangemerkt? In de spiegelbeeldsituatie, dat wil zeggen dat verbonden lichamen verzoeken als niet-

138 EK vergaderjaar 1996-1997 24 696 nr. 52b Memorie van antwoord blz. 5

139 EK vergaderjaar 1996-1997 24 696 nr. 52b Memorie van antwoord blz. 5

verbonden te worden aangemerkt, blijft de toepassing immers ook beperkt tot art. 15b. Teneinde de gevolgen van de beschikking tot verbondenheid te beperken tot de concernfinancieringsregeling, dient de laatste volzin van art. 10a, vierde lid, in de concerndefinitie van art. 15b, eerste lid, onderdeel c, te worden opgenomen.

2.4.6 Niet-verbondenheid op verzoek

Art. 10a, vierde lid, Wet Vpb. 1969, biedt niet de mogelijkheid de kring van verbonden lichamen te beperken. Het is niet mogelijk een met belastingplichtige verbonden lichaam als niet-verbonden lichaam aan te merken. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs erop gewezen dat daar in de praktijk wel behoefte aan kan bestaan.¹⁴⁰ Met name in situaties dat een internationaal concern is opgebouwd uit twee of meer groepen die zelfstandig ten opzichte van elkaar opereren, waarbij de aandeelhoudersband de enige binding is tussen deze onderdelen van het concern. Indien een van de groepen een risicoreserve vormt ten behoeve van haar eigen groep, zullen financieringsverliezen die de andere groep maakt, in mindering moeten worden gebracht op de risicoreserve, ondanks dat de groepen een zelfstandige bedrijfspolitiek wensen te voeren. Ook ingeval een lichaam tot twee of meer concerns behoort, is het wenselijk dat een verbonden lichaam als niet-verbonden kan worden aangemerkt. Vormen deze concerns namelijk ieder een risicoreserve, dan zal een financieringsverlies dat is geleden door het betreffende lichaam, strikt genomen in mindering moeten worden gebracht op alle risicoreserves.

Een jaar na afsluiting van de parlementaire behandeling geeft de minister door middel van goedkeuringsresolutie gehoor aan het verzoek van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs.¹⁴¹ Op gezamenlijk verzoek van de zelfstandige onderdelen van het concern is de minister bereid in bepaalde gevallen goed te keuren dat verbonden lichamen die deel uitmaken van een zelfstandig onderdeel van een concern, uitsluitend voor de toepassing van art. 15b als niet-verbonden worden aangemerkt met de lichamen die deel uitmaken van een ander zelfstandig onderdeel van het concern. Ofschoon de ministeriële resolutie daar niet over spreekt mag ik aannemen dat de inspecteur op het verzoek beslist bij voor bezwaar vatbare beschikking. Aan de goedkeuring door de inspecteur zijn enige voorwaarden verbonden om misbruik te voorkomen. Zonder voorwaarden zouden immers willekeurig vennootschappen als niet-verbonden kunnen worden aangemerkt teneinde te voorkomen dat bijvoorbeeld financieringsverliezen van deze lichamen belast aan de risicoreserve worden ont-

140. Commentaar van 30 augustus 1996 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan de griffier van de Vaste Commissie voor Financien van de Tweede Kamer der Staten Generaal met betrekking tot wetsvoorstel 24 696, Weekblad 1996, blz. 1350-1352.

Ook de leden van de CDA-fractie in de Eerste Kamer wijzen op dit gebrek in art. 10a, vierde lid EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52a, Voorlopig verslag van de vaste commissie voor Financien, blz. 4.

141. Besluit van de staatssecretaris van Financien, 15 december 1997, nr. DB97/4084M, BNB 1998/122.

trokken De volgende voorwaarden – welke in een individueel geval eventueel kunnen worden aangevuld – worden gesteld

- a aan het verzoek liggen uitsluitend niet-fiscale motieven (operationele of organisatorische) ten grondslag,
- b het verzoek heeft betrekking op alle tot het zelfstandig onderdeel van het concern behorende lichamen,
- c het aandeelhouderschap vormt de enige relatie tussen de zelfstandige onderdelen van het concern,
- d het beleid van de raden van bestuur van de zelfstandige onderdelen van het concern wordt direct noch indirect bepaald door de gemeenschappelijke aandeelhouder,
- e leden van de raden van bestuur/directies van de zelfstandige onderdelen van het concern kunnen geen zitting hebben in elkaars raad van bestuur/directie,
- f de financieringsactiviteiten van de zelfstandige onderdelen van het concern waarop het verzoek ziet, dienen volkomen zelfstandig per onderdeel plaats te vinden

ad a Dat aan het verzoek tot niet-verbondenheid uitsluitend niet-fiscale motieven ten grondslag mogen liggen, wekt enige bevreemding Immers, de enige reden om dit verzoek te doen betreft een fiscale, namelijk toepassing van de concernfinancieringsregeling voor een zelfstandig onderdeel van een concern

ad b Na goedkeuring is het niet mogelijk dat een of meer lichamen die tot het ene zelfstandig onderdeel van het concern behoren, nog verbonden zijn met lichamen die tot het andere zelfstandige onderdeel van het concern behoren Het verzoek en de daaropvolgende goedkeuring hebben dus betrekking op alle tot het zelfstandig onderdeel van het concern behorende binnenlandse en buitenlandse lichamen

ad c De onderdelen van het concern moeten volledig zelfstandig ten opzichte van elkaar opereren De aandeelhoudersband vormt de enige binding tussen beide onderdelen Van enige bestuurlijke relatie kan geen sprake zijn Lichamen uit het ene concernonderdeel kunnen derhalve geen bestuursfunctie vervullen in lichamen van het andere concernonderdeel

ad d De gemeenschappelijke aandeelhouder mag niet het beleid bepalen dat door de concernonderdelen wordt gevoerd Het begrip ‘gemeenschappelijke aandeelhouder’ ziet niet uitsluitend op de situatie dat de concernonderdelen naast elkaar door een gemeenschappelijke aandeelhouder worden gehouden Het is ook zeer goed mogelijk dat het ene concernonderdeel aandeelhouder is van het andere concernonderdeel Het uiteindelijk belang rust ook in die situatie bij dezelfde gemeenschappelijke aandeelhouder(s)

Deze voorwaarde suggereert dat de gemeenschappelijke aandeelhouder in geen van beide concernonderdelen het beleid mag bepalen Naar mijn mening is het ook redelijk dat de inspecteur zijn goedkeuring geeft in de situatie dat de gemeenschappelijke

aandeelhouder het beleid van het ene concernonderdeel bepaalt, maar geen beleidsinvloed heeft in de het andere concernonderdeel. Dan is tussen de concernonderdelen van enige bestuurlijke verbondenheid naast de aandeelhoudersrelatie immers geen sprake. De zelfstandigheid van beide concernonderdelen behoeft niet in gevaar te komen. Dit zou betekenen dat zolang de gemeenschappelijke aandeelhouder in een van beide concernonderdelen geen meerderheidsbelang heeft, de goedkeurende ministeriele resolutie toepassing moet vinden. Als de aandeelhouder in beide concernonderdelen een meerderheidspositie en dus de zeggenschap heeft, zal hij zich naar mijn mening ten aanzien van één concernonderdeel passief moeten opstellen om te voorkomen dat hij daarin het beleid bepaalt. Wel dient hierbij bedacht te worden dat als gevolg van een passieve opstelling toepassing van de deelnemingsvrijstelling kan vervallen indien de gemeenschappelijke aandeelhouder een Nederlandse vennootschap betreft die zich als een (passieve) belegger gedraagt ten opzichte van een buitenlands concernlichaam.

ad e. Teneinde enige wederzijdse bestuurlijke betrokkenheid te voorkomen kunnen de bestuursleden van de concernonderdelen geen zitting hebben in elkaars bestuur. De term 'kunnen' suggereert overigens dat wederzijdse bestuurlijke betrokkenheid in absolute zin moet zijn uitgesloten. Het lijkt evenwel toereikend indien de bestuursleden van de concernonderdelen geen zitting hebben in elkanders bestuur.

ad f. Naast enige bestuurlijke verwantschap mag evenmin enige financiële betrokkenheid bestaan tussen de concernonderdelen. De financieringsactiviteiten moeten volkomen zelfstandig per concernonderdeel plaatsvinden. Een lening van f 1000 aangegaan tussen twee onderdelen van een concern leidt er strikt genomen toe dat niet aan deze voorwaarde is voldaan. Maar is het wel noodzakelijk dat deze voorwaarde wordt gesteld? De andere voorwaarden bieden immers voldoende bescherming tegen misbruiksituaties waarbij willekeurig verbondenheid ongedaan kan worden gemaakt. Ingeval het ene (bestuurlijk) zelfstandige concernonderdeel een lening verstrekt aan het andere onderdeel zal, na een goedkeurende verklaring van niet-verbondenheid, de lening niet als financieringsactiviteit in de zin van art. 15b kwalificeren. De genoten rente zal aan het reguliere vennootschapsbelastingtarief onderworpen zijn. Een dergelijke lening zou niet zonder meer in de weg moeten staan aan een goedkeurende verklaring van niet-verbondenheid.

2.4.7 Internationaal werkzaam concern

Ingevolge art. 15b, eerste lid, Wet Vpb 1969, kan een lichaam in beginsel een risicoreserve vormen indien dat lichaam

- a. deel uitmaakt van een internationaal werkzaam concern,¹⁴² en
- b. uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten verricht,
- c. ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten.

Op het moment dat de belastingplichtige het verzoek tot vorming van een risicoreserve bij de inspecteur indient, moet aan deze voorwaarden zijn voldaan. Indien op een later tijdstip het CFA-lichaam niet langer voldoet aan één van deze voorwaarden, wordt de risicoreserve ingevolge art. 15b, zevende lid, aan de normaal belaste winst toegevoegd.¹⁴³

Aan het eerste vereiste lijkt reeds voldaan te zijn indien één concernlichaam buiten Nederland werkzaamheden verricht. Aan de laatste twee voorwaarden is voldaan indien het CFA-lichaam marginale financieringsactiviteiten blijft verrichten ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd in ten minste vier landen of op twee continenten. Aan de omvang van de financieringsactiviteiten worden geen eisen gesteld.¹⁴⁴

Het eerste en het derde vereiste waarborgen het internationale karakter van de concernfinancieringsregeling. De financieringsactiviteiten moeten verricht worden ten behoeve van concernlichamen die zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten.¹⁴⁵ Hierbij dient opgemerkt te worden dat ook vestigingen in Nederland meetellen. Door het opnemen van de zinsnede 'dan wel mede zijn gelegen' is bewerkstelligd dat ook de financieringsactiviteiten ten behoeve van buitenlandse vaste inrichtingen van Nederlandse concernlichamen, of Nederlandse vaste inrichtingen van buitenlandse concernlichamen, meetellen voor de toets van de geografische spreiding.¹⁴⁶ Waar een lichaam is gevestigd wordt beoordeeld aan de hand van art. 4 AWR en art. 2, vierde lid, Wet Vpb. 1969. De aanwezigheid en ligging van een buitenlandse vaste inrichting wordt bepaald aan de hand van het Bvdb 1989 en belastingverdragen.

Als continenten worden beschouwd: Noord-Amerika, Zuid-Amerika, Europa, Afrika, Azië en Australië.¹⁴⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat een concern dat zowel in het Aziatische als het Europese deel van Turkije is gevestigd,

142. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 8: De risicoreserve mag – ongeacht de aard van de werkzaamheden – worden gevormd door internationaal werkzame ondernemingen

143. Zie § 6.2.4.2 en § 6.2.4.3.

144. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 19. Zie § 4.2.11

145. De vierlanden- of tweecontinenteneis kan een ongelijke fiscale behandeling oproepen. Zie § 8.3.2

146. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 20

147. De splitsing van Amerika in twee continenten doet de vraag opkomen tot welke continent de Mid-den-Amerikaanse staten behoren

voldoet aan de voorwaarde dat het concern op twee continenten werkzaam is.¹⁴⁸ Dit betekent dat een concern met een vestiging in het Europese en het Zuid-Amerikaanse deel van het Koninkrijk der Nederlanden eveneens voldoet aan de twee continenteneis.

Voor de betekenis van het begrip 'mogendheid' kan wellicht aansluiting worden gezocht bij het begrip 'mogendheid' zoals dat in het kader van het Bvdb 1989 en de toepassing van de deelnemingsvrijstelling is ingevuld.¹⁴⁹ In de resolutie van 23 december 1991¹⁵⁰ is dienaangaande opgemerkt dat onder het begrip 'mogendheid' in beginsel wordt verstaan de staatkundige eenheid die volkenrechtelijk is erkend. De staatssecretaris keurt evenwel goed dat ook staten die volkenrechtelijk niet worden erkend, zoals Hong Kong, Gibraltar, Taiwan, Puerto Rico, Guam en de eilanden Man, Jersey en Guernsey als mogendheid kunnen worden aangemerkt.¹⁵¹ De vraag rijst of de Nederlandse Antillen en Aruba als mogendheid kunnen worden bestempeld. Daar zij onderdeel zijn van het Koninkrijk der Nederlanden betreft het geen staatkundige eenheden. Mogelijk kunnen de Nederlandse Antillen en Aruba met een beroep op voornoemde resolutie als mogendheid worden aangemerkt.¹⁵²

2.4.8 Uitsluitend vanuit Nederland

Teneinde een risicoreserve te kunnen vormen dient het CFA-lichaam – dus niet het concern als geheel – de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland te verrichten. Tijdens de parlementaire behandeling is deze voorwaarde zodanig uitgelegd dat een buitenlandse vaste inrichting van een CFA-lichaam geen financieringsactiviteiten mag verrichten.¹⁵³ Opgemerkt zij dat deze zinsnede niet zodanig uitgelegd kan worden dat het CFA-lichaam binnen het gehele concern als centrale spil dient te fungeren.¹⁵⁴

148. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45.

149. Anders Redactie Vakstudie, Vennootschapsbelasting, art. 15b, aantekening 13 (suppl. 430, december 1997)

150. Resolutie staatssecretaris van Financiën, 23 december 1991, nr. IFZ91/331, BNB 1992/53

151. Mededeling staatssecretaris van Financiën, 1 maart 1994, nr. IFZ94/224, V-N 1994, blz. 1220

152. In art. 13, tweede lid, Wet Vpb 1969, is de zinsnede 'de Nederlandse Antillen, Aruba, of een andere Mogendheid' gebezigd. In art. 38, eerste lid, AWR, wordt gesproken van 'een ander land van het Koninkrijk, een andere Mogendheid, een bestuurlijke eenheid, ()'. Enerzijds zou het noemen van de Nederlandse Antillen en Aruba naast de term 'Mogendheid' erop kunnen duiden dat de Nederlandse Antillen en Aruba niet als mogendheid kwalificeren. Anderzijds zou het gebruik van de term 'andere' erop kunnen wijzen dat bedoeld wordt op alle andere mogendheden dan de mogendheden Nederlandse Antillen en Aruba.

153. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8.

Zie § 2.3.2.1.1, § 2.3.5 en § 2.3.6.3.1

154. De staatssecretaris van Financiën suggereert in zijn antwoord op vraag 8 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997, dat de centrale spilfunctie voortvloeit uit de wettelijke voorwaarde dat de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland moeten worden verricht. Zie § 2.3.4 en 2.3.6.3.1.

Het Nederlandse hoofdhuis dient volledig zelfstandig te opereren. De buitenlandse vaste inrichting mag geen enkele financieringsactiviteit verrichten. Hierbij zij opgemerkt dat volledige zelfstandigheid van handelen van het Nederlands hoofdhuis niet automatisch hoeft te betekenen dat de buitenlands vaste inrichting geheel geen financieringsactiviteiten mag verrichten.¹⁵⁵ De activiteiten van het Nederlandse hoofdhuis kunnen immers geografisch of functioneel gescheiden zijn van de activiteiten van de buitenlandse vaste inrichting. De wettekst en de bedoeling van de wetgever sluiten evenwel elke vorm van concernfinancieringsactiviteit van een buitenlandse vaste inrichting uit. Volgens de staatssecretaris leidt de normale bemoeienis met de bedrijfsvoering vanuit de aandeelhoudersfunctie of vanuit de concernleiding niet tot de aanwezigheid van een buitenlandse vaste inrichting bij het lichaam.¹⁵⁶ De uitbesteding van bepaalde werkzaamheden die verband houden met de financieringsactiviteiten, tegen normale zakelijke condities binnen concern leidt evenmin tot de aanwezigheid van een vaste inrichting indien deze werkzaamheden het karakter van hulpactiviteiten niet te boven gaat. Verwezen wordt naar art. 5 van het OESO modelverdrag waarin het begrip 'vaste inrichting' is gedefinieerd.¹⁵⁷

Onder het begrip 'concernfinancieringsactiviteit' is ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel a, tevens gerangschikt het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen.¹⁵⁸ Indien het CFA-lichaam bedrijfsmiddelen ter beschikking stelt aan buitenlandse concernlichamen, kan deze activiteit leiden tot een vaste inrichting in het buitenland. Alsdan vindt deze financieringsactiviteit plaats vanuit een buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam. De concernfinancieringsactiviteiten worden niet meer uitsluitend vanuit Nederland verricht. De risicoreserve zou dan op grond van het zevende lid geheel aan de winst moeten worden toegevoegd.¹⁵⁹

Op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 1989 is de financieringswinst behaald met een buitenlandse vaste inrichting vrijgesteld van Nederlandse belastingheffing en behoort volgens de parlementaire toelichting derhalve niet tot de concernfinancieringswinst welke aan de risicoreserve gedoteerd kan worden.¹⁶⁰ De reden om een CFA-lichaam met een buitenlandse vaste inrichting uit te sluiten kan dan ook uitsluitend gelegen zijn in het feit dat de wetgever met de concernfinancieringsregeling beoogt multinationals te stimuleren hun buitenlandse financieringsmaatschappij-

155 Zie § 2.3.2.1.1

156. Deze overweging is ontleend aan de jurisprudentie Zie Hof Amsterdam 24 april 1987, BNB 1990/337

157 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 10

Voor een meer uitgebreide behandeling van het begrip 'vaste inrichting' zij verwezen naar § 2.2.3.1

158 Zie § 4.2.5.

159 Zie ook J.R. Bakker en P.M. Smit e a., De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting, Kluwer Deventer, 1997, blz. 61

160. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30.

De wetgever lijkt hierbij voorbij te gaan aan het feit dat de op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 1989 vrijgestelde winst, tot de in Nederland belastbare winst behoort. Zie § 5.2.2.2

en naar Nederland te verplaatsen. Hierin past blijkbaar niet dat gebruik wordt gemaakt van een buitenlandse vaste inrichting.

Een Nederlandse vaste inrichting met financieringsactiviteiten zal op grond van de wettekst eveneens uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten mogen verrichten. Enige financieringsactiviteiten in het buitenlandse hoofdhuis zijn derhalve niet toegestaan.

3 Voorwaarden

3.1 INLEIDING

Een lichaam kan een risicoreserve vormen indien aan de volgende voorwaarden is voldaan

a de voorwaarden van art 15b, eerste lid

- het lichaam maakt deel uit van een internationaal werkzaam concern,
- het lichaam verricht uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten,
- het lichaam verricht de financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten,

b de voorwaarden van art 15b, tweede lid

- de vermogenstoets,
- de inkomstentoets,

c de door de inspecteur te stellen voorwaarden op basis van art 15b, achtste lid, en

d de zogenaamde substancevoorwaarden

De voorwaarden van art 15b, eerste lid, en de substancevoorwaarden zijn behandeld in het vorige hoofdstuk. In dit hoofdstuk zijn de voorwaarden van art 15b, tweede lid aan de orde, en de voorwaarden die de inspecteur kan stellen binnen de grenzen van art 15b, achtste lid, Wet Vpb 1969. De vermogens- en inkomstentoets benadrukken het internationale karakter van de concernfinancieringsregeling. De vermogenstoets stelt een grens aan het financieringsvermogen dat het CFA-lichaam ten behoeve van Nederlandse concernmaatschappijen mag aanwenden. De inkomstentoets stelt als voorwaarde dat een bepaald gedeelte van het concernfinancieringsinkomen uit het buitenland afkomstig moet zijn. Hierna zijn in § 3.2 en § 3.3 respectievelijk de vermogens- en inkomstentoets behandeld.

Een risicoreserve kan slechts worden gevormd nadat op verzoek van de belastingplichtige de inspecteur een positieve beschikking daarvoor heeft afgegeven. In een dergelijke beschikking zal de inspecteur enige voorwaarden stellen aan de vorming van een risicoreserve. Art 15b, achtste lid, Wet Vpb 1969, geeft de grenzen aan waarbinnen de voorwaarden gesteld kunnen worden. In de zogenoemde modelbeschikking van 2 oktober 1997 is het uitgangspunt geschetst van de voorwaarden die

de inspecteur zal stellen. In het individuele geval kunnen deze (model)voorwaarden nader worden toegesptst. In § 3.4 is de modelbeschikking behandeld.

3.2 VERMOGENSTOETS

3.2.1 Inleiding

Aangezien de risicoreserve bedoeld is voor risico's die samenhangen met internationale werkzaamheden, stelt de vermogenstoets van art. 15b, tweede lid, onderdeel a, een tweeledig plafond aan de mate waarin het financieringsvermogen mag zijn aangewend voor de financiering van Nederlandse groepsmaatschappijen. Het gedeelte van het financieringsvermogen dat direct of indirect daarvoor is aangewend mag niet meer bedragen dan:

- a. de verhouding tussen de waarde in het economische verkeer van de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern en de waarde in het economische verkeer van alle bezittingen van het concern,
- b. doch nooit meer dan 10% van het totale financieringsvermogen waarmee concernfinancieringswinst wordt behaald.

Naar mate het concern meer bezittingen heeft in het buitenland, neemt de dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve toe. Het aandeel van de in Nederland aanwezige bezittingen van een concern bepaalt de mate waarin het financieringsvermogen van het CFA-lichaam aangewend kan worden voor financieringsactiviteiten ten behoeve van Nederlandse concernlichamen. Bouwman vraagt zich af waarom niet volstaan kan worden met de 10%-norm. Allerlei praktische problemen bij de toepassing van het bezittingencriterium blijven achterwege, terwijl de aanwending van financieringsvermogen ten behoeve van Nederlandse lichamen beperkt blijft.¹ De wetgever acht blijkbaar de verhouding tussen het in Nederland werkzame vermogen en het totale concernvermogen, een redelijk criterium, waarbij de 10%-norm slechts als absoluut maximum dient.

3.2.2 Aannemelijk maken

Een risicoreserve kan gevormd worden indien aannemelijk is dat aan de vermogens- en inkomstentoets is voldaan. Hiermee wordt bedoeld dat belastingplichtige moet aantonen dat aan de vermogens- en inkomstennorm is voldaan. Dit is een lichtere bewijslast dan dat moet 'blijken' dat aan de voorwaarden is voldaan. Alsdan zou belanghebbende namelijk overtuigend aan moeten tonen dat aan de voorwaarden van

¹ J.N. Bouwman: De nieuwe financiële risicoreserve in de Vennootschapsbelasting, Forfaitair, april 1997, blz. 9.

het tweede lid is voldaan.² De bewijslevering is overigens niet aan bepaalde vormen of middelen gebonden. In aanvulling op de jaarlijkse aangifte dient de belastingplichtige ingevolge voorwaarde II.2 van de modelbeschikking onder meer inzicht te verschaffen in:³

- a. de omvang van het totale vermogen dat door het CFA-lichaam is aangewend voor concernfinancieringsactiviteiten,
- b. de omvang van het concernfinancieringsvermogen dat is aangewend ten behoeve van concernlichamen in Nederland,
- c. de verhouding tussen de waarde in het economische verkeer van de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern en de waarde in het economische verkeer van alle bezittingen van het concern, en
- d. de inkomsten die tot de concernfinancieringswinst behoren uitgesplitst per mogendheid of continent.

3.2.3 Peildatum

Bij de beoordeling van het verzoek van de belastingplichtige tot vorming van een risicoreserve dient de inspecteur te toetsen of aan de vermogensnorm is voldaan. De vraag rijst welk tijdstip fungeert als peildatum voor zo'n eerste vermogenstoets. De aanhef van art. 15b, tweede lid, suggereert dat reeds vanaf de eerste dag van het boekjaar waarin de belastingplichtige een risicoreserve aanhoudt, aan de norm moet zijn voldaan. Dit zou betekenen dat als peildatum fungeert de eerste dag van het eerste boekjaar waarin de belastingplichtige de risicoreserve wenst te vormen. Ondanks deze suggestie bepaalt de vierde volzin van het derde lid dat op het einde van het boekjaar wordt getoetst of de vermogensnorm is gehaald. Bovendien ziet de toets slechts op financieringsvermogen voorzover daarmee in het desbetreffende boekjaar financieringswinst is behaald.⁴ Of met het financieringsvermogen in enig boekjaar financieringswinst is behaald, kan pas op het einde van het boekjaar worden beoordeeld. Een toetsing per het einde van het boekjaar ligt ook in dit opzicht voor de hand. Laatstgenoemd argument betreft slechts een pragmatische overweging. Immers, ook een toets per de eerste dag van een boekjaar kan betrekking hebben op vermogen dat in het betreffende boekjaar financieringswinst genereert. Hoe het ook zij, het bepaalde in de vierde volzin van het derde lid, biedt mijns inziens voldoende duidelijkheid over de peildatum van de vermogenstoets.⁵ Daar nergens expliciet uit blijkt dat de peildatum voor de eerste vermogenstoets afwijkt van die van latere vermogenstoetsen, fungeert ook bij de beoordeling van het verzoek tot vorming van een risicoreserve de laatste dag van het betreffende (eerste) boekjaar als peildatum. Indien de belastingplichtige het verzoek indient voorafgaande aan het eerste boekjaar

2..HR 27 januari 1971, BNB 1971/55 en HR 26 mei 1999, BNB 1999/272.

3. Zie § 3.4.6.2

4. Zie § 3.2.4

5. Zie ook Redactie Vakstudie, Vennootschapsbelasting, art. 15b, aantekening 51 (suppl. 466, juni 1999)

waarin men een risicoreserve wenst te vormen, zijn de vermogenswaarden per de peildatum nog niet bekend. In de praktijk zal men door het opstellen van een pro forma vermogensopstelling tegemoet kunnen komen aan dit bezwaar.

Voor de bepaling van de waarde in het economische verkeer van de in het concern aanwezige bezittingen moeten waardebepalende omstandigheden in acht worden genomen welke aan de belastingplichtige op de peildatum bekend waren of konden zijn.⁶ Tevens moet rekening worden gehouden met alle gebleken feiten en omstandigheden welke voor de vaststelling van de waarde op de peildatum van belang zijn.⁷ Ook gegevens die pas na de peildatum bekend zijn geworden over de toestand per die datum, moeten voor de waardering in aanmerking worden genomen.⁸

De vraag rijst of de vermogensnorm van het tweede lid, onderdeel a, een continuoets of een incidentele (jaarlijkse) toets betreft. In de parlementaire toelichting is opgemerkt dat incidentele overschrijdingen van de vermogensnorm met de nodige soepelheid zullen worden gezien.⁹ Deze opmerking lijkt er op te duiden dat de vermogenstoets een continuoets is waarbij de nodige soepelheid wordt betracht. De toelichting geeft hierover geen uitsluitel. Uit de wettekst blijkt evenwel dat een jaarlijkse toetsing is beoogd. In de vierde volzin van het derde lid is immers bepaald dat op het einde van het jaar wordt getoetst of de vermogensnorm is overschreden. Indien het boekjaar van een CFA-lichaam niet samenvalt met het kalenderjaar, wordt de peildatum gesteld op het einde van het boekjaar. Uit art. 15b, derde lid, blijkt derhalve een jaarlijkse toetsing van de vermogensnorm.¹⁰ In de toelichting is opgemerkt dat de inspecteur in het kader van het achtste lid voorwaarden kan stellen die ertoe strekken manipulaties rond het toetsingstijdstip van de vermogensnorm te voorkomen.¹¹ In de modelbeschikking zijn dergelijke voorwaarden evenwel niet opgenomen.

3.2.4 Financieringsvermogen

Het vermogen dat is aangewend voor financieringsactiviteiten, ofwel het financieringsvermogen, mag slechts in een bepaalde mate dienen ten behoeve van de financiering van Nederlandse groepsmaatschappijen. Hieronder wordt zowel eigen als vreemd vermogen verstaan.¹² Het gaat immers om de activa op de balans, welke

6 Voor een uitvoerige beschouwing over waardebepalende factoren verwijs ik naar Ch.P.A. Geppaart, *Vermogensbelasting*, Kluwer Deventer, 1995, blz. 170 e.v.

7 HR 16 januari 1974, BNB 1975/26.

8 o.a. HR 19 augustus 1987, BNB 1987/279.

9 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 35.

10 Anders M.L.B. van der Lande, *Risicoreserve*, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 38: '... te allen tijde moet aannemelijk zijn dat, gemeten over een overzienbare periode, doorgaans aan de vermogenstoets (...) kan worden voldaan ...'.

11 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 35.

12. Zie § 6.3.2.4

zowel gefinancierd kunnen zijn met eigen als vreemd vermogen. De overnamekas en de deelnemingen behoren overigens niet tot het financieringsvermogen.

De vermogenstoets is ingevolge art. 15b, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969, slechts van toepassing op het financieringsvermogen waarmee concernfinancieringswinst wordt behaald. De term 'concernfinancieringswinst' is een algebraïsch begrip, hetgeen betekent dat zowel positieve als negatieve resultaten hieronder zijn begrepen. Tot het financieringsvermogen behoren onder meer uitstaande concernleningen, licenties die geëxploiteerd worden of bedrijfsmiddelen die verhuurd worden binnen het concern. Het vermogen dat geen belaste financieringswinst genereert, bijvoorbeeld vermogen dat binnen een fiscale eenheid is aangewend of vermogen dat vrijgestelde financieringsinkomsten genereert, telt niet mee voor de vermogenstoets. Dit gedeelte van het financieringsvermogen behoeft dus niet in een bepaalde mate betrekking te hebben op financieringsactiviteiten ten behoeve van buitenlandse concernmaatschappijen. De gedachte hierachter is dat een relatief omvangrijke financiering van Nederlandse concernlichamen niet tot misbruik van de concernfinancieringsregeling kan leiden, zolang de inkomsten die daaruit voortkomen sowieso al onbelast worden genoten.

De vraag rijst of de vermogenstoets slechts van toepassing is op financieringsvermogen waarmee daadwerkelijk concernfinancieringswinst (of verlies) is behaald in het jaar waarop de vermogenstoets betrekking heeft. Of ziet de toets ook op vermogen waarmee in het desbetreffende jaar geen belaste inkomsten zijn genoten, maar waarmee wel belaste inkomsten zouden kunnen worden genoten. De wettekst spreekt van 'vermogen () voorzover daar concernfinancieringswinst mee *wordt* behaald'. Er wordt niet gesproken van 'vermogen waarmee financieringswinst *kan* worden behaald'. Dit zou betekenen dat de vermogenstoets slechts toepassing vindt ten aanzien van financieringsvermogen waarmee het CFA-lichaam in het desbetreffende jaar daadwerkelijk financieringswinst (of verlies) heeft behaald. Evenmin wordt gesproken van 'vermogen waarmee financieringswinst *is* behaald'. Slechts bij laatstgenoemde redactie zou zekerheid bestaan over het financieringsvermogen dat onderworpen is aan de vermogenstoets. Nu de term 'wordt behaald' is gebezigd, bestaat hierover geen duidelijkheid. De parlementaire toelichting brengt evenmin klaarheid. Naar mijn mening is uitsluitend het financieringsvermogen waarmee winst *is* behaald in het desbetreffende boekjaar onderworpen aan de vermogenstoets. Zou er wel rekening worden gehouden met financieringsvermogen waarmee winst *kan* worden behaald in toekomstige jaren, dan laat een dergelijk open criterium in concrete situaties te veel ruimte voor een speculatieve benadering. De vermogenstoets is slechts van toepassing op financieringsvermogen waarmee een resultaat is behaald dat invloed heeft op de in Nederland belastbare winst van het desbetreffende jaar.

Voorbeeld

CFA-lichaam X verstrekt op 1 juli 2000 een rentedragende geldlening (5%) ad 1000 aan concernlichaam Y. Ondanks dat de rentebate pas in juli 2001 wordt ontvangen, dient X ingevolge goed koopmansgebruik reeds in 2000 een rentebate van 25 tot haar winst te rekenen. De verstrekte geldlening is vanaf 2000 een vermogensbestanddeel waarmee financieringswinst wordt behaald.

3.2.5 Direct of indirect ten behoeve van lichamen in Nederland

Ingevolge de vermogenstoets kan het CFA-lichaam slechts een beperkt vermogen aanwenden voor de financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen in Nederland. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd nog gesproken van 'tot het concern behorende lichamen *gevestigd* in Nederland'.¹³ Deze oorspronkelijke tekst leidde er toe dat de vermogensnorm (ten onrechte) van toepassing zou zijn op financieringsactiviteiten ten behoeve van een in Nederland gevestigd lichaam, maar die toegerekend kunnen worden aan een buitenlandse vaste inrichting. Door de term 'gevestigd' te laten vallen is de vermogensnorm van toepassing op financieringsactiviteiten ten behoeve van in Nederland gelegen ondernemingen, ongeacht of het een in Nederland gevestigd concernlichaam betreft of een Nederlandse vaste inrichting van een buitenlands concernlichaam. Financieringsactiviteiten ten behoeve van een buitenlandse vaste inrichting van een in Nederland gevestigde concernvennootschap worden derhalve niet gerekend tot het deel van het financieringsvermogen dat in Nederland werkzaam is.¹⁴

Indien een verstrekte geldlening door een in Nederland gevestigd concernlichaam benut wordt voor een buitenlandse activiteit zonder dat deze activiteit kwalificeert als een vaste inrichting, dan betreft het een financieringsactiviteit ten behoeve van een concernlichaam in Nederland. Niet van belang is of het Nederlandse lichaam de lening benut voor binnenlandse of buitenlandse activiteiten. De renteaftrek ter zake van deze leningen wordt genoten in Nederland. Voor de vermogenstoets worden dergelijke leningen aangemerkt als financieringsactiviteiten ten behoeve van een lichaam in Nederland.

Door de woorden 'direct of indirect' worden ook indirecte financieringen van een Nederlandse werkmaatschappij aangemerkt als in Nederland werkzaam financieringsvermogen. Hierbij kan volgens de toelichting worden gedacht aan de situatie dat het CFA-lichaam een lening verstrekt aan een buitenlands concernlichaam, die met deze middelen op zijn beurt een lening verstrekt aan een Nederlands concernli-

13 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 2, Voorstel van wet, blz. 5.

14 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 9.

chaam.¹⁵ In dit voorbeeld kwalificeert de leningverstrekking aan het buitenlandse concernlichaam evenwel niet als financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a. De geldlening strekt immers niet tot financiering van bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen. Van een indirecte financieringsactiviteit is in het voorbeeld dan ook geen sprake. Slechts indien de geldverstrekking door het buitenlandse concernlichaam als bedrijfsmatige activiteit kwalificeert, zou sprake kunnen zijn van een kwalificerende financieringsactiviteit door het CFA-lichaam.¹⁶ Voorts dienen hierbij nog de substancevoorwaarden in ogenschouw te worden genomen. Ingevolge de zogenoemde centrale spilfunctie kan binnen een concern in beginsel uitsluitend het CFA-lichaam financieringsactiviteiten verrichten.¹⁷ Als gevolg van de leningverstrekking door het buitenlands concernlichaam wordt in beginsel niet aan de centrale spilfunctie voldaan.

Voorwaarde XIII.2 van de modelbeschikking geeft als voorbeeld van een indirecte financieringsactiviteit de situatie waarbij een buitenlands concernlichaam de lening die door het CFA-lichaam is verstrekt, aanwendt voor de financiering van bedrijfsmiddelen die ter beschikking worden gesteld aan Nederlandse concernlichamen.¹⁸ Op deze wijze financiert het CFA-lichaam indirect de tot het concern behorende lichamen in Nederland. Voor de toepassing van de vermogenstoets wordt de financieringsactiviteit van het CFA-lichaam geacht indirect betrekking te hebben op de financiering van Nederlandse concernlichamen.

3.2.6 In Nederland aanwezige bezittingen

De wettekst spreekt van 'de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern'. Onder de bezittingen van het concern zijn te verstaan alle activa van de groepsmaatschappijen die tot het concern in de zin van art. 15b behoren. Deelnemingen waarin een belang wordt gehouden van meer dan een derde behoren in beginsel tot het concern. Ten aanzien van deze concernlichamen dient beoordeeld te worden of de bezittingen daarvan in Nederland aanwezig zijn.

De waarde van de bezittingen van een concernlichaam waarin het belang niet 100% bedraagt, wordt naar evenredigheid in aanmerking genomen.¹⁹ Bezit een Nederlandse 60%-deelneming een in Nederland gelegen onroerend goed ter waarde van 1000, dan wordt een waarde van 600 in aanmerking genomen bij de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern. Overigens zal de commerciële balans niet dikwijls de ligging van een activum aangeven. Door uitsluitend de bezittingen te beoordelen,

15 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 32.

16 Zie § 4.2.3

17. Zie § 2.3.4.

18. Zie § 3.4.12.2

19. Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 576

ontstaat een discrepantie tussen de waarde van een deelneming en de totale waarde van de activa van de desbetreffende deelneming, ingeval de deelneming haar bezittingen (deels) heeft gefinancierd met vreemd vermogen.

De vraag rijst of een niet tot het concern behorende in het buitenland gevestigde deelneming van een in Nederland gevestigde vennootschap als een binnenlandse of buitenlandse bezitting moet worden aangemerkt. Een viertal zienswijzen is te onderscheiden:

- a. een in het buitenland gevestigde deelneming van een Nederlandse vennootschap behoort per definitie tot de binnenlandse bezittingen,
- b. een in het buitenland gevestigde deelneming behoort volledig tot de in het buitenland aanwezige bezittingen,
- c. een in het buitenland gevestigde deelneming behoort tot de in het buitenland aanwezige bezittingen voorzover de afzonderlijke bezittingen van de deelneming in het buitenland aanwezig zijn,
- d. een in het buitenland gevestigde deelneming behoort tot de in het buitenland aanwezige bezittingen voorzover geen vaste inrichting in Nederland aanwezig is.

ad a. Een van de zienswijzen is die waarbij de buitenlandse en binnenlandse deelnemingen die niet tot het concern behoren, zonder meer tot de in Nederland aanwezige bezittingen behoren van een Nederlandse houdstermaatschappij. De bezittingen van deze deelnemingen worden niet afzonderlijk beoordeeld, aangezien deze deelnemingen niet tot het concern behoren. Het betreft immers bezittingen van een deelneming van het concern. Een praktisch argument voor deze benadering wordt ontleend aan het feit dat ten aanzien van een 1%-deelneming niet verwacht kan worden dat daarvan alle bezittingen afzonderlijk worden beoordeeld.

ad b. Faber en Van der Geld zijn van mening dat een buitenlandse deelneming niet tot de Nederlandse bezittingen behoort.²⁰ Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat naar hun mening een Nederlandse deelneming per definitie tot de Nederlandse bezittingen behoort. Deze benadering gaat voorbij aan de mogelijkheid dat een Nederlandse deelneming buitenlandse vermogensbestanddelen bezit, of dat een buitenlandse deelneming bijvoorbeeld onroerende zaken in Nederland bezit.

ad c. Een gevolg van deze zienswijze is dat niet de waarde in het economische verkeer van de deelneming van belang is, maar de waarde van de afzonderlijke bezittingen van de deelneming. Niet de omvang van het eigen vermogen van de deelneming is relevant, doch de totale waarde van de activa. Ook bezittingen die de deelneming (deels) met vreemd vermogen heeft gefinancierd, tellen in deze visie mee voor de bepaling van de vermogensnorm. Een bevestiging van deze benadering wordt gevonden in de parlementaire toelichting, alwaar het volgende is opgemerkt: 'Voorzo-

20. S.E. Faber en J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, Weekblad 1996, blz. 759

ver op die (commerciële, AvS) balans aandelen zijn opgenomen, kan voor die aandelen worden uitgegaan van de actiefzijde van de balans van het lichaam waarvan de aandelen worden gehouden, één en ander voorzover dat lichaam in Nederland werkzaam is.²¹ Deze zienswijze strookt evenwel niet met de bewoording van art. 15b, tweede lid, onderdeel a. Daarin is bepaald dat de bezittingen van het concern moeten worden beoordeeld. Indien een deelneming niet tot het concern behoort, zou dit betekenen dat de bezittingen van deze deelneming niet afzonderlijk behoeven te worden beoordeeld.

ad d. Deze benadering zoekt aansluiting bij hetgeen de wetgever heeft beoogd met art. 2a, vierde lid, Uitvoeringsbeschikking. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat nu voor de norm van art. 15b, tweede lid, onderdeel a, tevens vaste inrichtingen meetellen, ook het tweede criterium van de overnamekas, zoals uitgewerkt in art. 2a, derde en vierde lid, Uitvoeringsbeschikking, aangevuld moet worden met vaste inrichtingen.²² De waarde van een buitenlandse deelneming dient mitsdien verminderd te worden met de waarde van de in Nederland gelegen vaste inrichting van de buitenlandse deelneming. Naar mijn mening dient aansluiting te worden gezocht bij deze zienswijze.

Een andere vraag die rijst is of vorderingen van Nederlandse concernmaatschappijen op buitenlandse (groeps)vennootschappen en banktegoeden bij buitenlandse banken tot de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern moeten worden gerekend. Met Van der Geld en Faber ben ik van mening dat de door het CFA-lichaam verstrekte leningen tot de in Nederland aanwezige bezittingen behoren.²³ Dit betekent dat een lening welke door een andere Nederlandse concernvennootschap is verstrekt aan een buitenlandse maatschappij eveneens tot de in Nederland aanwezige bezittingen behoort. Een banktegoed bij een buitenlandse bank betreft eigenlijk een vordering op de desbetreffende bank. Ook een dergelijk activum dient onder de in Nederland aanwezige bezittingen te worden gerangschikt.

Het volgende voorbeeld tracht de verschillende zienswijzen ten aanzien van de vermogensnorm te verduidelijken. Hierbij is geabstraheerd van de overige wettelijke voorwaarden zoals de vierlandeneis en de inkomstentoets.

21 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31

22 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8

23. S.E. Faber en J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, Weekblad 1996, blz. 759.

*Voorbeeld***Balans Nederlandse houdstermaatschappij/ CFA-lichaam**

Buitenlandse deelneming A (100%)	700	Eigen vermogen	920
Buitenlandse deelneming B (25%)	220		

Balans buitenlandse deelneming A (100%)

Buitenlandse activa	280	Eigen vermogen	700
Nederlands onroerend goed	10		
Vordering op maatschappij B	320		
Banktegoed in Nederland	90		

Balans buitenlandse deelneming B (25%)

Buitenlandse activa	1040	Eigen vermogen	880
Nederlands onroerend goed	100	Vreemd vermogen	320
Activum in Nederland	60		

De vier zienswijzen kunnen als volgt worden uitgewerkt

a Buitenlandse deelnemingen zonder meer tot Nederlandse bezittingen

Nederlandse bezittingen		Buitenlandse bezittingen	
Nederlands onroerend goed	10	Buitenlandse activa	280
Buitenlandse deelneming B	220	Vordering op maatschappij B	320
		Banktegoed in Nederland	90
	<hr/>		<hr/>
	230		690

Verhouding vermogenstoets $230/920 = 25\%$, doch niet meer dan 10%

b Buitenlandse deelnemingen zonder meer tot buitenlandse bezittingen

Nederlandse bezittingen		Buitenlandse bezittingen	
Nederlands onroerend goed	10	Buitenlandse activa	280
		Vordering op maatschappij B	320
		Banktegoed in Nederland	90
		Buitenlandse deelneming B	220
	<hr/>		<hr/>
	10		910

Verhouding vermogenstoets $10/920 = 1\%$

c. Ook bezittingen van deelnemingen afzonderlijk beoordeeld:

Nederlandse bezittingen		Buitenlandse bezittingen	
Nederlands onroerend goed	10	Buitenlandse activa	280
Nederlands onroerend goed	25	Vordering op maatschappij B	320
Activum in Nederland	15	Banktegoed in Nederland	90
		Buitenlandse activa	260
	<hr/>		<hr/>
	50		950

Verhouding vermogenstoets: $50/1000 = 5\%$

d. Buitenlandse deelneming tot buitenlandse bezittingen met uitzondering van de in Nederland gelegen vaste inrichtingen:

Nederlandse bezittingen		Buitenlandse bezittingen	
Nederlands onroerend goed	10	Buitenlandse activa	280
Nederlands vaste inrichting (og)	25 ²⁴	Vordering op maatschappij B	320
		Banktegoed in Nederland	90
		Buitenlandse deelnl. B (excl. vi)	195
	<hr/>		<hr/>
	35		885

Verhouding vermogenstoets: $35/920 = 4\%$

3.2.7 Waarde in het economische verkeer

De waardering op de peildatum van de in Nederland en het gehele concern aanwezige bezittingen dient te geschieden aan de hand van de waarde in het economische verkeer. Deze waardemaatstaf wordt in diverse belastingwetten gehanteerd.²⁵ De waarde in het economische verkeer is gelijk aan de prijs die bij aanbidding ten verkoop op de meest geschikte wijze na de beste voorbereiding door de meest biedende gegadigde besteed zou zijn.²⁶ Het gaat met andere woorden om de beste prijs op de beste markt onder de beste omstandigheden.²⁷ De waarde in het economische verkeer is niet per definitie identiek aan het begrip ‘verkoopwaarde’.²⁸ Alleen daar waar voor een goed een markt is, mag de verkoopwaarde als waarde in het economische ver-

24 Ervan uitgaande dat het onroerend goed in Nederland een vaste inrichting vormt en dat het volledig met eigen vermogen is gefinancierd

25 O.a. art. 8 Wet Vpb 1969, art. 11a Wet IB 1964, art. 9 Wet VB 1964 en art. 21 Successiewet 1956

26 O.a. HR 20 juni 1962, BNB 1962/273 en HR 31 mei 1995, BNB 1995/228.

27 Zie T. Blokland, Inzake belastinglatenties, Weekblad 1998, blz. 1144

28 TK, vergaderjaar 1962-1963, 5380, nr. 21, Memorie van antwoord, blz. 12 lk

keer worden aangehouden.²⁹ Voor andere elementen zoals de rendementswaarde is eveneens ruimte.³⁰

Volgens de parlementaire toelichting kan de waarde in het economische verkeer van de in Nederland aanwezige bezittingen om praktische redenen worden bepaald aan de hand van de actiefzijde van de commerciële balans ingevolge het jaarrekeningenrecht.³¹ Dit betekent volgens de staatssecretaris dat stille reserves worden meegenomen. De vraag rijst of de activa van de commerciële balans op de waarde in het economische verkeer worden gesteld. Ingevolge art. 2: 362, tweede lid, BW geeft een balans met de toelichting getrouw, duidelijk en stelselmatig de grootte van het vermogen en zijn samenstelling in actief- en passiefposten weer. De waarde van de activa wordt bepaald door het gekozen waarderingssysteem. De grondslag voor de waardering dient te voldoen aan normen die in het maatschappelijk verkeer als aanvaardbaar worden beschouwd. Een waardering op actuele waarde³² leidt veelal tot een hogere waarde dan waardering op kostprijs. Door uitsluitend bij de balans aan te sluiten heeft de keuze van het waarderingssysteem invloed op de waarde van de activa en daarmee op toepassing van de vermogensnorm. Teneinde een dergelijke invloed te voorkomen dient de waarde van de activa voor toepassing van de vermogensnorm te worden gecorrigeerd met de in de toelichting opgenomen informatie.³³ De praktijk leert evenwel dat de informatie in de toelichting veelal ontoereikend is om tot een actuele waarde van een activum te komen. Door eenvoudigweg te verwijzen naar de balans treedt begripsvervuiling op van het begrip 'waarde in het economische verkeer'. De commerciële balans geeft immers vaak niet de waarde in het economische verkeer weer.

Daar waar het jaarrekeningenrecht ten aanzien van een in Nederland gevestigd internationaal werkzaam concern vereist dat een geconsolideerde balans wordt opgesteld, is deze balans niet bruikbaar voor de bepaling van het bedrag van de aan Nederlandse concernonderdelen verstrekte financiering.³⁴ De leningen tussen de verschillende vennootschappen vallen immers tegen elkaar weg in een geconsolideerde balans. Voor de bepaling van de waarde in het economische verkeer van de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern dient mitsdien uitgegaan te worden van de enkelvoudige, vennootschappelijke balansen van de concernlichamen.

29 G.T.K. Meussen, *Bedrijfswaarde*, Fiscale monografie nr. 83, Kluwer Deventer, 1997, blz. 29 en 30

30 Ch.P.A. Geppaart, *Vermogensbelasting*, Kluwer Deventer, 1995, blz. 163

31 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31.

32 De Algemene Maatregel van Bestuur van 22 december 1983, Besluit waardering activa, onderscheidt een drietal actuele waardebegrippen, te weten de vervangingswaarde, de directe opbrengstwaarde en de bedrijfswaarde

33 Analooq aan art. 2: 396 BW, waarin kleine rechtspersonen zijn vrijgesteld van de inrichtingseisen van de jaarrekening indien de waarde van de activa *volgens de balans met toelichting* een bepaalde grootte niet overschrijdt.

34 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 46

Indien een CFA-lichaam deel uitmaakt van een niet in Nederland gevestigd internationaal concern, zal voor het Nederlandse deel van het concern het jaarrekeningenrecht gelden. Voor dat gedeelte van het concern kan volgens de staatssecretaris in ieder geval worden uitgegaan van de vennootschappelijke balansen. Ook voor het overige gedeelte van het concern kunnen de vennootschappelijke balansen als uitgangspunt dienen, mits het jaarrekeningenrecht van dat betreffende land vergelijkbaar is met dat van Nederland. Voor de bepaling van de waarde van de bezittingen van het gehele concern kan de geconsolideerde balans van het concern worden gehanteerd. Uitsluitend in de gevallen dat bepaalde verplichtingen ingevolge het jaarrekeningenrecht ontbreken of waarin sterk van het Nederlandse jaarrekeningenrecht afwijkende verplichtingen zijn opgenomen, zal het concern een afzonderlijke opgave moeten verstrekken van de waarde in het economische verkeer van de bezittingen van het gehele concern.³⁵

De vraag is in welke valuta de vermogensopgave verstrekt dient te worden. In de parlementaire behandeling is geen aandacht besteed aan deze vraag. Daar aansluiting is gezocht bij het jaarrekeningenrecht lijkt een vermogensopstelling in een vreemde geldeenheid in ieder geval mogelijk indien de jaarrekeningen van de Nederlandse concernlichamen ingevolge art. 2:362, zevende lid, BW in een vreemde valuta mogen worden opgesteld. Indien het Nederlandse gedeelte van een concern moet boekhouden in guldens, terwijl het buitenlandse onderdeel van het concern boekhoudt in een buitenlandse valuta, kan een vermogensopstelling in Nederlandse guldens worden verlangd. Alsdan kan de omrekening naar Nederlandse guldens, afhankelijk van de wisselkoers, invloed hebben op de vermogenstoets.³⁶

Bij operational lease moet worden uitgegaan van de actuele waarde van het bedrijfsmiddel, zoals deze is vermeld in de commerciële balans van de lessor (verhuurder).³⁷ Deze waarde is veelal gelijk aan de contante waarde van de leasetermijnen. In geval van een financial lease is bij de lessor de contante waarde van de resterende leasetermijnen op de balans vermeld. Deze waarde is eveneens relevant voor de vermogenstoets.

Indien op de balans aandelen zijn opgenomen, kan volgens de parlementaire toelichting voor de bepaling van de waarde van die aandelen worden uitgegaan van de actiefzijde van de balans van het lichaam waarvan de aandelen worden gehouden, mits dat lichaam in Nederland werkzaam is.³⁸ De actiefzijde van een balans van een deelneming is evenwel slechts relevant voorzover het een deelneming betreft waarin een belang wordt gehouden van een derde of meer.³⁹ De vermogensnorm ziet immers

35 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 46.

36 Zie tevens P.M. de Haan, R.G.M. Penk en M.P. van Scheijndel, Winstdrainage en concernfinanciering, FED Deventer, 1997, blz. 88.

37 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31.

38 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31.

39 Zie § 3.2.6.

uitsluitend op de bezittingen van de tot het concern behorende lichamen. De waarde van deelnemingen die niet tot het concern behoren, wordt niet ontleend aan de waarde van de afzonderlijke bezittingen van die deelneming. Voor dergelijke deelnemingen is de omvang van het eigen vermogen van de deelneming relevant. Met name ingeval de bezittingen van de deelnemingen grotendeels met vreemd vermogen zijn gefinancierd, ontstaat een grote discrepantie tussen de waarde van de activa en de waarde van de deelneming.⁴⁰

De waarde van courante aandelen is veelal opgenomen in de prijscourant zoals bedoeld in art. 21 Successiewet. Deze waarde zal veelal worden gebruikt ingeval aandelen ter belegging worden aangehouden.

Goodwill wordt ingevolge het jaarrekeningenrecht slechts geactiveerd voorzover het gekochte goodwill betreft. Zelfgekweepte goodwill wordt niet geactiveerd. Indien een deelneming zelfgekweepte goodwill niet activeert, komt de goodwill wel tot uitdrukking in de hogere waarde in het economische verkeer van de aandelen. Deze waarde is dan hoger dan de balanswaarde van de deelneming.⁴¹

Praktische problemen doen zich voor in de situatie dat het boekjaar van het CFA-lichaam afwijkend is van het boekjaar van andere concernmaatschappijen. Per het einde van het boekjaar van het CFA-lichaam zijn dan namelijk geen commerciële balansen beschikbaar van de overige concernmaatschappijen. De waarde in het economische verkeer van de bezittingen van deze concernmaatschappijen moet alsdan strikt genomen worden vastgesteld per het einde van het boekjaar van het CFA-lichaam. Als tegemoetkoming aan dit praktische bezwaar zou aansluiting gezocht kunnen worden bij art. 11 Wet VB 1964. Dit zou betekenen dat de waarden van de bezittingen van de concernmaatschappijen worden bepaald naar de toestand bij het begin van het lopende boekjaar. In de situatie dat de peildatum van het CFA-lichaam 30 juni is, en de overige concernmaatschappijen op 30 april afsluiten, zou de waarde van de bezittingen van de overige maatschappijen bepaald mogen worden naar de toestand op 30 april.

3.2.8 Beperking tot 10%

De beperking dat het in Nederland werkzame financieringsvermogen niet meer dan 10% mag bedragen van het totale financieringsvermogen dat in Nederland belastbare winst genereert, beklemtoont het internationale karakter van de regeling. Gelet op de plaats die de Nederlandse markt in de wereldeconomie inneemt, is volgens de parlementaire toelichting een beperking tot 10% alleszins verdedigbaar.⁴² De plaats van

40. Zie voorbeeld in § 3.2.6

41. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 46 en 47.

42. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31.

Nederland in de wereldeconomie is evenwel niet in een allesomvattend percentage uit te drukken. Het percentage van 10% is dan ook alleszins arbitrair, en lijkt opgenomen te zijn vanwege budgettaire redenen. Bij binnenlandse financieringsactiviteiten trekt het andere concernlichaam de betaalde rente volledig af van de normaal belaste winst, terwijl het CFA-lichaam de ontvangen rente voor 80% kan doteren aan de risicoreserve. Toepassing van de faciliteit in binnenlandse verhoudingen leidt tot afroming van de Nederlandse heffingsgrondslag. Financieringsactiviteiten ten behoeve van Nederlandse concernlichamen waarmee geen financieringsvermogen is gemoeid, bijvoorbeeld administratieve dienstverlening, hollen eveneens de belastinggrondslag uit. Voornoemd 10%-criterium kan de dotatie van dergelijke financieringswinst evenwel niet beperken. Voorts staat het 10%-criterium niet in de weg aan een overfinanciering van een Nederlands concernmaatschappij door het CFA-lichaam. De betreffende maatschappij kan in beginsel met verhoudingsgewijs veel vreemd vermogen door het CFA-lichaam worden gefinancierd.⁴³

3.2.9 Overschrijding vermogensnorm

In het derde lid van het wetsvoorstel was opgenomen dat niet aan de risicoreserve gedoteerd kon worden in de jaren bij het einde waarvan de vermogensnorm was overschreden.⁴⁴ Bij nadere overweging is deze sanctie te zwaar bevonden. Het parlement vreesde namelijk dat bij het bereiken van de 10%-grens gekozen zou worden voor investeringen in het buitenland, met als gevolg dat geen extra werkgelegenheid in Nederland zou worden geschapen.⁴⁵ Daarom is bij de nota van wijziging het derde lid zodanig gewijzigd dat de sanctie beperkt wordt tot dat deel van de concernfinancieringswinst dat is toe te rekenen aan het financieringsvermogen waarmee de vermogensnorm is overschreden.⁴⁶ Bij overschrijding van de vermogensnorm mag dus wel worden gedoteerd, alleen de financieringswinst die is behaald met het vermogen waarmee de norm is overschreden behoort niet tot de dotatiegrondslag.

De aanhef van art. 15b, tweede lid, bepaalt dat het eerste lid slechts van toepassing is indien aannemelijk is dat aan de vermogenstoets is voldaan. Indien niet aan de vermogensnorm is voldaan, is het eerste lid niet van toepassing. Strikt genomen betekent dit dat de inspecteur negatief zal beschikken op een verzoek tot toepassing van de concernfinancieringsregeling. Is reeds in eerder stadium een beschikking afgegeven door de inspecteur, dan lijkt de aanhef van het tweede lid te suggereren dat de gehele faciliteit komt te vervallen. Mijns inziens is in het derde lid de sanctie op overschrijding van de vermogensnorm uitdrukkelijk en uitputtend geregeld. Alleen de financieringswinst die is behaald met het vermogen waarmee de vermogensnorm

43 Ingevolge voorwaarde VII van de modelbeschikking moeten de concernlichamen hun operationele activiteiten in Nederland volgens een nader te bepalen debt/equity ratio financieren. Zie § 3.4.11.

44 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 2, Voorstel van wet, blz. 6.

45 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 18.

46 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 19.

is overschreden, behoort ingevolge het derde lid niet tot de dotatiegrondslag. Op grond hiervan kan het standpunt gehuldigd worden dat het CFA-lichaam jaarlijks de vermogensnorm kan overschrijden, zonder dat de faciliteit gevaar loopt.⁴⁷ Van der Lande is daarentegen van mening dat indien jaar na jaar sprake is van een overschrijding, belastingplichtige niet meer kwalificeert voor de risicoreserve.⁴⁸

Overschrijding van de vermogensnorm in het eerste jaar leidt tot een negatieve beschikking van de inspecteur. De belastingplichtige kan geen risicoreserve vormen. Wordt in het eerste jaar voldaan aan de vermogensnorm, doch in de daarop volgende jaren telkens niet, dan beperkt de sanctie zich tot het buiten de dotatiegrondslag laten van de financieringswinst welke is behaald met het excedent vermogen. Dit onderscheid lijkt te moeten worden gemaakt vanwege het ontbreken van enige samenhang tussen hetgeen is bepaald in de aanhef van het tweede lid en het bepaalde in de vierde volzin van het derde lid. Uitgaande van het standpunt dat de sanctie op overschrijding van de vermogensnorm uitdrukkelijk en uitputtend is geregeld in het derde lid, zou ook bij overschrijding van de norm in het eerste jaar de sanctie zich moeten beperken tot het bepaalde in het derde lid. Overschrijding behoeft niet te leiden tot een negatieve beschikking. Bovenal is voor een dergelijk onderscheid in sanctie geen rechtvaardiging aan te dragen.

Bij overschrijding van de vermogensnorm doet zich een toerekeningsvraagstuk voor. Welk deel van het Nederlandse financieringsvermogen betreft het excedent vermogen? Welke financieringswinst moet hieraan toegerekend worden? Een voorbeeld ter verduidelijking.

Voorbeeld:

Een CFA-lichaam heeft de volgende leningen uitstaan:

– buitenlandse lening 1997	hoofdsom	500	(5%)	rente	25
– Nederlandse lening 2000	hoofdsom	150	(10%)	rente	15
– Nederlandse lening 2001	hoofdsom	100	(5%)	rente	5

Maximaal 10% van het financieringsvermogen ad 750 mag betrekking hebben op Nederland, ofwel ter zake van 75 kan aan de financieringswinst worden gedoteerd. Ter zake van de dotatie aan de risicoreserve kunnen nu een tweetal standpunten worden onderscheiden. Ten eerste zou een evenredig gedeelte van de ontvangen rentebaten ter zake van de Nederlandse leningen aan de risicoreserve kunnen worden gedoteerd, de zogenoemde mathematische methode. Deze zienswijze leidt tot een dotatie van $(75/250) \times 20$, ofwel 6. Ten tweede kan de historische volgorde van

47. Tijdens de parlementair behandeling is toegezegd dat incidentele overschrijdingen van de vermogensnorm met de nodige soepelheid worden gezien (TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memoire van toelichting, blz. 35) Aangezien de overschrijding van de vermogensnorm uitputtend is geregeld, komt aan deze toezegging geen betekenis toe.

48. M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 38

ontstaan van de leningen bepalend zijn. De dotatie van de financieringswinst ter zake van de meest recente lening wordt alsdan beperkt. Deze benadering leidt tot een dotatie van $(75/150) * 15$, ofwel 7,5. Steun voor deze laatste opvatting wordt gevonden in de tekst van de vierde volzin van het derde lid. Daarin is bepaald dat van de concernfinancieringswinst buiten aanmerking blijft dat gedeelte dat is toe te rekenen aan het vermogen 'als gevolg waarvan niet langer wordt voldaan aan de norm'. Het zogenaamde overschot is op normale wijze belast.

3.3 INKOMSTENTOETS

3.3.1 Inleiding

Het internationale karakter van de concernfinancieringsregeling wordt onder meer benadrukt door de inkomstentoets van art. 15b, tweede lid, onderdeel b. Daar wordt de voorwaarde gesteld dat de belastingplichtige aannemelijk moet maken⁴⁹ dat ten minste een bepaald gedeelte van de in Nederland belastbare inkomsten ter zake van de concernfinancieringsactiviteiten, uit het buitenland afkomstig is. Betreft het een CFA-lichaam dat ten behoeve van concernlichamen in ten minste vier mogendheden financieringsactiviteiten verricht, dan moeten de inkomsten per mogendheid ten minste 5% uitmaken van de totale in Nederland belastbare inkomsten van het CFA-lichaam uit concernfinancieringsactiviteiten.⁵⁰ Hierbij kan Nederland één van de vier mogendheden zijn. Verricht het CFA-lichaam financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen in ten minste twee continenten, dan moeten de inkomsten per continent ten minste 10% bedragen. Indien financieringsactiviteiten worden verricht ten behoeve van lichamen die zowel in ten minste vier landen als in ten minste twee continenten zijn gelegen, dient aan het 5%-criterium of aan het 10%-criterium te zijn voldaan. Aan één van beide criteria dient belastingplichtige te voldoen.

Voorbeeld:

Financieringsinkomsten uit Nederland	50
Financieringsinkomsten uit België	25
Financieringsinkomsten uit Duitsland	18
Financieringsinkomsten uit de Nederlandse Antillen	7

Daar slechts 7% van de totale financieringsinkomsten afkomstig is van het Zuid-Amerikaanse continent, is niet voldaan aan het 10%-criterium. Indien de Nederland-

49. Voor het aspect van de bewijslast zij verwezen naar § 3.2.2

50 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 9. In het oorspronkelijke wetsvoorstel werd geen eis gesteld ten aanzien van de oorsprong van de inkomsten. Aangezien een CFA-lichaam ook andere dan financieringsactiviteiten kan ontplooiën, is toegevoegd dat de inkomstenstoets uitsluitend ziet op inkomsten die behoren tot de concernfinancieringswinst.

se Antillen als mogendheid kunnen worden aangemerkt,⁵¹ is wel voldaan aan het vereiste dat uit vier mogendheden afzonderlijk ten minste 5% van de totale financieringsinkomsten worden genoten.⁵²

3.3.2 Teller en noemer van de breuk van de inkomstentoets

De teller van de breuk van de inkomstentoets bestaat uit de inkomsten van het CFA-lichaam per mogendheid of continent die behoren tot de concernfinancieringswinst. In het eerste lid is de concernfinancieringswinst omschreven als de winst behaald met concernfinancieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen voorzover deze winst in Nederland belastbaar is. Winst behaald met financieringsvermogen dat bestaat uit preferente aandelen is hiervan uitgezonderd. Uit de omschrijving van het begrip 'concernfinancieringswinst' in het eerste lid volgt dat deze winst, en daardoor ook de inkomsten die behoren tot deze winst, per definitie in Nederland belastbaar is. Is dit niet het geval, dan is geen sprake van concernfinancieringswinst.

De noemer wordt gevormd door de totale in Nederland belastbare inkomsten van het lichaam ter zake van financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen. Daar in de omschrijving van de noemer een verwijzing naar het begrip 'concernfinancieringswinst' achterwege is gebleven, is in de noemer uitdrukkelijk bepaald dat de inkomsten ter zake van financieringsactiviteiten in Nederland belastbaar moeten zijn. Het ontbreken van een verwijzing naar het begrip 'concernfinancieringswinst' betekent dat alle opbrengsten uit concernfinancieringsactiviteiten die in Nederland belastbaar zijn, in de noemer worden meegeteld. Inkomsten die gerealiseerd zijn met financieringsvermogen dat bestaat uit preferente aandelen tellen mee voor de bepaling van de noemer, ofschoon deze inkomsten in de teller zijn uitgesloten. Deze discrepantie tussen de teller en de noemer is niet toegelicht tijdens de parlementaire behandeling. Het komt mij vreemd voor dat een dergelijke onlogische inconsequentie is bedoeld door de wetgever. Een grammaticale interpretatie van onderdeel b van het tweede lid heeft als gevolg dat een CFA-lichaam met inkomsten uit preferent aandelenkapitaal moeilijker aan de inkomstentoets kan voldoen. De noemer van de breuk van de inkomstentoets is immers groter doordat inkomsten uit preferent aandelenkapitaal wel meetellen voor de noemer, terwijl deze inkomsten geen deel uitmaken van de teller. Het CFA-lichaam zal alsdan minder snel aan het 5%- of 10%-criterium voldoen. Logischerwijs dient de inkomstentoets als volgt te luiden: 'De inkomsten van het lichaam die behoren tot de concernfinancieringswinst dienen per

51. Voor de betekenis van het begrip 'mogendheid' verwijs ik naar § 2.4.7

52. Ongeacht de omvang van de genoten financieringsinkomsten is wel voldaan aan het vereiste van het eerste lid dat financieringsactiviteiten moeten worden verricht ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd in dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten. Een verplichte opheffing van de risicoreserve ingevolge het zevende lid is dan ook niet aan de orde Zie § 6.2.4.

Mogendheid ten minste 5% dan wel per continent ten minste 10% te bedragen van de totale inkomsten die behoren tot de concernfinancieringswinst van het lichaam'

3.3.3 Het begrip 'belastbare inkomsten'

In art. 15b, tweede lid, onderdeel b, is het begrip 'belastbare inkomsten' opgenomen. De vraag is wat onder dit begrip moet worden verstaan. Tijdens de parlementaire behandeling is summier aandacht besteed aan dit begrip. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat uit praktische overweging is gekozen voor het begrip 'inkomsten' in plaats van 'concernfinancieringswinst' omdat daarmee de toerekeningsproblematiek van kosten wordt voorkomen. Voor onderdeel b wordt alleen gekeken naar de bruto inkomende stroom van opbrengsten⁵³ ter zake van financieringsactiviteiten.⁵⁴ Tot deze opbrengsten behoren bijvoorbeeld rente-inkomsten, inkomsten uit de verhuur van bedrijfsmiddelen en inkomsten uit administratieve dienstverlening. Ter zake van de financieringsactiviteiten worden slechts de bruto-opbrengsten in aanmerking genomen zonder toerekening van kosten. Geen rekening zal worden gehouden met bijvoorbeeld de afschrijving op vermogensbestanddelen.

Nu de bedoeling van de wetgever volgt uit de toelichting, rijst de vraag of het gebezigde begrip 'belastbare inkomsten' past binnen de wettelijke terminologie van de Wet IB 1964 en de Wet Vpb. 1969. De Wet Vpb. 1969 kent het begrip 'inkomsten'. Tot 1990 werd in art. 23 Wet Vpb. 1969, het begrip 'belastbare inkomsten' gehanteerd. Hiermede werd bedoeld op de inkomsten die op de voet van art. 58 Wet IB 1964 belast waren.

De Wet IB 1964 kent onderscheidenlijk de begrippen 'belastbaar inkomen' en 'inkomsten'. Voor de berekening van het belastbaar inkomen dient het onzuiver inkomen als uitgangspunt. Het onzuiver inkomen is het gezamenlijk bedrag van de zuivere inkomsten. Dat zijn ingevolge art. 21 Wet IB 1964 de inkomsten verminderd met de aftrekbare kosten. Laatstgenoemde kosten zijn gedefinieerd in art. 35 Wet IB 1964. Uiteenlopende bronnen van inkomsten zijn geregeld in art. 22-31 Wet IB 1964. Deze inkomsten omvatten opbrengsten uit verschillende inkomensbronnen zonder dat rekening is gehouden met aftrekbare kosten. Het gebruik van het begrip 'inkomsten' in art. 15b, tweede lid, lijkt gezien de bedoeling van de wetgever in dit opzicht juist. De wetgever poogt immers door middel van dit begrip aan te geven dat slechts de opbrengsten, zonder rekening te houden met de daarop drukkende kosten, voor de inkomstentoets in aanmerking moeten worden genomen.

Met het woord 'belastbaar' wordt aangegeven dat de inkomsten tot de belastinggrondslag van de Wet Vpb. 1969 moeten behoren om mee te tellen voor de in-

53 Voor de betekenis van het begrip 'opbrengst' zij verwezen naar § 5.3.2

54 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 32

komstentoets. Hierbij is niet van belang of daadwerkelijk belasting wordt geheven over de inkomsten. Als gevolg van de op de inkomsten drukkende kosten behoeft dat immers niet het geval te zijn. Inkomsten die op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 1989 niet aan Nederland zijn toegewezen, zijn wel belastbaar in Nederland. Alle wereldwijd genoten inkomsten behoren tot de Nederlandse belastinggrondslag. Dat op grond van het Bvdb 1989 of een verdrag de belastingheffing wordt toegewezen aan het buitenland, leidt slechts tot een belastingvermindering van de in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting. De Hoge Raad heeft in het kader van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling evenwel geoordeeld dat geen sprake is van 'in Nederland belastbare winst' indien en voorzover de winst op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 1989 niet in de Nederlandse belastingheffing kan worden betrokken.⁵⁵ Indien deze overweging doorgetrokken wordt naar de inkomstentoets, betekent dit dat inkomsten in Nederland belastbaar zijn ingeval een belastingverdrag of het Bvdb 1989 het heffingsrecht ter zake van deze inkomsten toewijst aan Nederland. Inkomsten waarop buitenlandse bronheffing is ingehouden, worden voor hun brutobedrag in aanmerking genomen. Inkomsten in buitenlandse valuta moeten worden omgerekend in Nederlandse guldens of in de functionele valuta die ingevolge art. 7, vijfde lid, Wet Vpb. 1969 wordt toegepast.

3.3.4 Groep van lichamen

Het 5%- of 10%-criterium geldt ongeacht het aantal landen of continenten ten behoeve waarvan financieringsactiviteiten worden verricht. Dit leidt ertoe dat internationale concerns met een grote geografische spreiding geen gebruik kunnen maken van de concernfinancieringsregeling, omdat de inkomsten uit financieringsactiviteiten per mogelijkheid of continent beneden de inkomstennorm blijft. Voor dergelijke concerns is in de laatste volzin van het tweede lid bepaald dat in verschillende landen of continenten gevestigde lichamen één of meer groepen kunnen vormen waarvan de gezamenlijke inkomsten worden toegerekend aan één lichaam of één continent. Het CFA-lichaam moet wel blijven voldoen aan de vierlanden- of tweecontinenteneis. De samenstelling van de groepen mag jaarlijks worden gewijzigd.⁵⁶ De groepvorming heeft alleen betekenis voor de toepassing van de inkomstentoets.

Opmerkelijk is dat groepvorming slechts mogelijk is van lichamen die in verschillende landen of continenten zijn *gevestigd*. Het gebruik van het begrip 'gevestigd' betekent strikt genomen dat uitsluitend lichamen gegroepeerd kunnen worden. Buitenlandse vaste inrichtingen zijn immers niet gevestigd in andere landen of continenten, docht zijn slechts aldaar gelegen. In het eerste lid is voor de toets van de geografische spreiding aan het begrip 'gevestigd' bewust de zinsnede 'dan wel mede zijn gelegen' toegevoegd teneinde te bewerkstelligen dat ook de in een buitenlandse

⁵⁵ Zie § 5.2.2.2.

⁵⁶ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 32. Zie § 3.4.6.3

vaste inrichting uitgeoefende activiteiten meetellen⁵⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is niet gebleken dat de wetgever de mogelijkheid tot groepvorming aan de buitenlandse vaste inrichtingen heeft willen onthouden Als gevolg van de onderlinge samenhang tussen de toets van de geografische spreiding en de inkomstentoets moeten mijns inziens ook buitenlandse vaste inrichtingen gegroepeerd kunnen worden De laatste volzin dient analoog aan het eerste lid als volgt te luiden 'Voor de toepassing van onderdeel b mag het lichaam één of meer groepen van lichamen vormen welke in verschillende Mogendheden dan wel op verschillende continenten zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen ()'

Dat de inkomsten na de groepvorming uiteindelijk uit ten minste vier mogendheden of twee continenten afkomstig moeten zijn, volgt niet uit de wettekst van de laatste volzin van het tweede lid De redactie Vakstudie meent dan ook dat de inkomsten na de groepvorming uit minder dan vier mogendheden of twee continenten afkomstig kunnen worden geacht⁵⁸ In deze zienswijze heeft de voorwaarde dat de inkomsten voldoende gespreid moeten worden genoten, geen enkele reële betekenis Tijdens de parlementaire behandeling is hierover opgemerkt dat 'uiteraard zal moeten worden blijven voldaan aan de eis dat de activiteiten worden verricht ten behoeve van lichamen welke zijn gevestigd in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten'.⁵⁹ De strekking van de laatste volzin van het tweede lid is derhalve dat ook na de groepvorming nog aan de vierlanden- of tweecontinenteneis moet zijn voldaan⁶⁰

Voorbeeld:

Financieringsinkomsten uit Nederland	50
Financieringsinkomsten uit België	39
Financieringsinkomsten uit Brazilië	4
Financieringsinkomsten uit Zuid-Afrika	4
Financieringsinkomsten uit Zimbabwe	3

Groepvorming van mogendheden leidt niet tot de benodigde vier landen waaruit per land ten minste 5% van de totale financieringsinkomsten wordt genoten Samenvoeging van het Zuid-Amerikaanse met het Afrikaanse continent leidt wel tot de vereiste twee continenten waaruit per continent ten minste 10% wordt genoten van de totale inkomsten uit financieringsactiviteiten

⁵⁷ Zie § 2.4.7

⁵⁸ Redactie Vakstudie Vennootschapsbelasting, art. 15b, aantekening 52 (suppl. 466, juni 1999)

⁵⁹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting blz. 32

⁶⁰ Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 577

3.3.5 Toetsperiode

De wettekst van art 15b, tweede lid, onderdeel b, schept geen duidelijkheid over de periode ten aanzien waarvan de inkomstentoets van toepassing is. In de vijfde volzin van het derde lid, waar de sanctie ter zake van de inkomstentoets is opgenomen, is bepaald dat niet aan de risicoreserve kan worden gedoteerd over jaren bij het einde waarvan niet aan de inkomstennorm is voldaan. De betekenis van de zinsnede 'bij het einde waarvan' is onduidelijk. Een inkomstentoets kan logischerwijze immers slechts betrekking hebben op een bepaalde periode gelegen tussen twee tijdstippen. Een toetsing van de inkomsten op een bepaald tijdstip, bijvoorbeeld per het einde van het jaar, is niet mogelijk. Het lijkt dan ook de bedoeling dat de inkomsten van een boekjaar worden getoetst aan de inkomstennorm. Na afloop van een boekjaar kan beoordeeld worden of aan de inkomstennorm van het tweede lid, onderdeel b, is voldaan.

Voor de beoordeling van het verzoek tot vorming van een risicoreserve moet de inspecteur toetsen of aan de inkomstennorm is voldaan. Deze toets kan de inspecteur pas uitvoeren na afloop van het boekjaar waarin de belastingplichtige een risicoreserve wenst te vormen. Indien de belastingplichtige het verzoek indient voorafgaand aan dat eerste boekjaar, zijn de financieringsinkomsten van dat betreffende jaar nog niet bekend. Aan dit praktische bezwaar kan tegemoet worden gekomen door het opstellen van een pro forma inkomstenopstelling. Hierbij zij opgemerkt dat de wet geen termijnen stelt aan het indienen van het verzoek tot vorming van een risicoreserve. Belastingplichtige kan het verzoek dan ook indienen na afloop van het eerste boekjaar waarin men de reserve wenst te vormen.⁶¹

3.3.6 Niet voldoen aan inkomstennorm

Is niet aan de inkomstennorm voldaan dan is, evenals bij het niet voldoen aan de vermogensnorm,⁶² het eerste lid niet van toepassing. De inspecteur zal dan negatief moeten beschikken op een verzoek tot vorming van een risicoreserve. Indien de inspecteur reeds in eerder stadium een beschikking heeft afgegeven, dan lijkt de aanhef van het tweede lid te suggereren dat de gehele faciliteit komt te vervallen. Analooq aan hetgeen is opgemerkt bij de vermogenstoets, is in de vijfde volzin van het derde lid naar mijn mening ook de sanctie ter zake van de inkomstennorm uitdrukkelijk en uitputtend geregeld. De vijfde volzin van het derde lid bepaalt dat dotatie aan de risicoreserve niet plaatsvindt over jaren bij het einde waarvan niet wordt voldaan aan de voorwaarde van het tweede lid, aanhef, onderdeel b, juncto het eerste lid. Zowel dotatie van de concernfinancieringswinst als dotatie van de opbrengst van de overnamekas blijft achterwege. Indien jaarlijks niet is voldaan aan de

⁶¹ Zie § 3.4.2

⁶² Zie § 3.2.9

inkomstennorm, brengt dat de reeds opgebouwde risicoreserve niet in gevaar. Van der Lande is van mening dat het niet voldoen aan de inkomstennorm, overeenkomstig een overschrijding van de vermogensnorm, niet structureel mag zijn. Is niet meer aannemelijk dat, gemeten over een overzienbare periode, doorgaans aan de norm zal worden voldaan, dan moet de reserve ingevolge het zevende lid aan de winst worden toegevoegd.⁶³ Van der Lande kent geen uitputtende betekenis toe aan de sanctie van het derde lid. Uitgaande van het standpunt dat de sanctie op overschrijding van de inkomstennorm uitdrukkelijk en uitputtend is geregeld in het derde lid, zou ook bij overschrijding van de norm in het eerste jaar de sanctie zich moeten beperken tot het bepaalde in het derde lid. Overschrijding behoeft alsdan niet te leiden tot een negatieve beschikking, doch betekent dat in het desbetreffende jaar geen dotatie aan de risicoreserve mag plaatsvinden.

Opvallend is dat in de vijfde volzin van het derde lid is bepaald dat het CFA-lichaam niet aan de risicoreserve kan doteren over jaren waarin niet is voldaan aan de voorwaarde van het tweede lid, aanhef, onderdeel b, *juncto het eerste lid*. In de vierde volzin, waarin de sanctie van de vermogenstoets is opgenomen, wordt uitsluitend verwezen naar de norm als bedoeld in het tweede lid, aanhef en onderdeel a. De toevoeging 'juncto het eerste lid' blijft daar achterwege. Onduidelijk is wat de wetgever met deze toevoeging in de vijfde volzin heeft bedoeld. Volgens de aanhef van het tweede lid is het eerste lid slechts van toepassing indien aannemelijk is dat aan de vermogens- en inkomstennorm is voldaan. De aanhef suggereert dat ingeval niet is voldaan aan de inkomstennorm, het eerste lid buiten toepassing blijft. De vijfde volzin van het derde lid sluit aan bij deze suggestie door de toevoeging van de zinsnede 'juncto het eerste lid'. De vraag is dan wel waarom in de vierde volzin van het derde lid niet deze zinsnede is toegevoegd. Ook als gevolg van het niet voldoen aan de vermogensnorm blijft, ingevolge de aanhef van het tweede lid, het eerste lid immers buiten toepassing.

3.4 VOORWAARDEN INSPECTEUR

3.4.1 Inleiding

Voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling kan de inspecteur voorwaarden stellen. Deze voorwaarden beogen in beginsel oneigenlijk gebruik van de regeling tegen te gaan. De vraag rijst of de voorwaarden zich dienen te beperken tot het bestrijden van misbruksituaties of dat deze een zekere overkill mogen bevatten. Het arrest van het Europese Hof van Justitie inzake *Leur-Bloem*⁶⁴ doet vermoeden dat de voorwaarden geen overkill mogen bevatten. De voorschriften ter vermijding van misbruik mogen volgens het Hof van Justitie niet verder reiken dan noodzakelijk.

63 M.L.B. van der Lande, *Risicoreserve*, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 39 en 40.

64 HvJ EG 17 juli 1997, BNB 1998/32.

is om misbruik tegen te gaan. In het arrest Leur-Bloem zijn de materiële fusie-eis alsmede de materiële ondernemingseis zoals die zijn opgenomen in art. 14b Wet IB 1964, strijdig bevonden met de Richtlijn 90/434/EEG (fusierichtlijn). In tegenstelling tot het arrest Leur-Bloem waar de fusiefaciliteit werd getoetst aan een EG-richtlijn, zijn de voorwaarden ingevolge art. 15b Wet Vpb. 1969, een zuiver nationale aangelegenheid die geheel los staan van het gemeenschapsrecht. De door de inspecteur te stellen voorwaarden voor toepassing van de concernfinancieringsregeling lenen zich, in tegenstelling tot de regeling zelf,⁶⁵ derhalve niet voor toetsing aan het gemeenschapsrecht.

Nu het gemeenschapsrecht niet als toetsingskader voor de voorwaarden fungeert, resteert het kader dat art. 15b, achtste lid, Wet Vpb. 1969, stelt. Hierin zijn de grenzen aangegeven waarbinnen de voorwaarden gesteld kunnen worden. De Raad van State was van oordeel dat de voorwaarden in een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling opgenomen zouden moeten worden.⁶⁶ Door een aanpassing van de maatregel of regeling zouden de voorwaarden aan gewijzigde omstandigheden aangepast kunnen worden. Volgens de staatssecretaris doet een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling afbreuk aan de rechtszekerheid van de belastingplichtige. Eenmaal gestelde voorwaarden kunnen immers eenvoudig worden teruggedraaid door wijziging van de maatregel of regeling. De staatssecretaris overwoog aanvankelijk een 'spelregelboekje' op te stellen. Nadien is het inzicht ontstaan dat een modelbeschikking een beter instrument is.⁶⁷ Meer dan negen maanden na invoering van art. 15b Wet Vpb. 1969 heeft op 2 oktober 1997 de modelbeschikking het licht gezien.⁶⁸ Hierin is het uitgangspunt geschetst van de voorwaarden die de inspecteur kan stellen. De inspecteur kan in de individuele beschikking de voorwaarden toespitsen op het individuele geval. Het in concrete situaties afwijken van de modelbeschikking, zou kunnen leiden tot rechtsongelijkheid.

De modelbeschikking is onderverdeeld in negen voorwaarden. Elke voorwaarde bevat weer een of meerdere onderdelen. In voorwaarde I zijn enige begrippen omschreven. Onder meer zijn de begrippen 'CFA-lichaam' en 'overnamekas' gedefinieerd. Deze begrippen zijn nader uitgewerkt in § 7.2.2 respectievelijk § 5.3. In voorwaarde II is de aangifte- en informatieverplichting behandeld. Deze voorwaarde is hierna in § 3.4.6 besproken. De voorwaarden III tot en met IX omvatten de fiscaal-technische aspecten van de modelbeschikking. In § 3.4.7 tot en met 3.4.13 zijn deze voorwaarden behandeld.⁶⁹

65. Zie § 9.2

66. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en nader rapport, blz. 12.

67. Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op de vijfde vraag van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997, V-N 1997, blz. 3853-3855.

68. Besluit van de staatssecretaris van Financien, 2 oktober 1997, Modelbeschikking, nr. DB97/3951M, BNB 1997/381.

69. Zie tevens mijn artikel, Voorwaarden concernfinancieringsmaatschappij, FED 1997/777, blz. 2934-2955

3.4.2 Toepassing risicoreserve op verzoek

Een verzoek tot vorming van een risicoreserve moet door de belastingplichtige worden ingediend bij de competente inspecteur. De inspecteur zendt het verzoek onverwijld door aan de per 1 januari 1997 in het leven geroepen Coördinatiegroep concernfinancieringen. Deze groep ressorteert onder de directeur-generaal der Belastingen en de directeur-generaal voor Fiscale zaken. De instelling van de groep heeft onder meer tot doel de uitvoering van de concernfinancieringsregeling te coördineren. De inspecteur stelt de voorwaarden niet eerder vast dan nadat hij een bindend advies van de coördinatiegroep heeft verkregen.⁷⁰ De AWR stelt een termijn voor de afdoening van het verzoek tot vorming van een risicoreserve. Ingevolge art. 5a moet de inspecteur binnen één jaar na ontvangst van het verzoek beslissen bij een voor bezwaar vatbare beschikking.

De wet stelt geen termijn aan het indienen van het verzoek. In het algemeen geldt dat zolang de aanslag niet onherroepelijk vaststaat, op de aangifte kan worden teruggekomen. Het verzoek van de belastingplichtige tot vorming van een risicoreserve kan dus worden ingediend zolang de aanslag niet onherroepelijk vaststaat. Uiteraard moet de belastingplichtige wel aan de voorwaarden voldoen per de datum waarop men de risicoreserve wenst te gaan vormen. De ingangsdatum behoeft niet noodzakelijkerwijs het begin van een boekjaar te zijn. Uit praktische overwegingen zal daar veelal wel voor worden gekozen. De wet stelt geen eisen aan de vorm waarin het verzoek moet worden ingediend. De belastingplichtige heeft jaarlijks de vrijheid om al dan niet aan de risicoreserve te doteren. Het maximaal te doteren bedrag is in beginsel 80% van de concernfinancieringswinst en de opbrengst van de overnamekas. Ook deze keuze kan nog in de bezwaar- of beroepsfase worden gemaakt. Indien verliezen worden geleden waarvoor de risicoreserve is gevormd, dan heeft het CFA-lichaam geen keuzevrijheid. Ter zake van dergelijke verliezen moet, voorzover de risicoreserve het toelaat, een bedrag aan de reserve worden onttrokken.

Heeft belastingplichtige besloten aan de risicoreserve te doteren, dan doet de vraag zich voor of belastingplichtige kan terugkomen op deze beslissing als de aanslag reeds onherroepelijk vaststaat.⁷¹ De mogelijkheid van bezwaar of beroep staat immers niet meer open. De belastingplichtige kan de inspecteur verzoeken een navorderingsaanslag op te leggen. Voldoet de inspecteur niet aan dit verzoek, dan lijkt de belastingplichtige niet over enig rechtsmiddel te beschikken.

70. Zie de aanschrijving van de staatssecretaris van Financiën aan de hoofden van de directies en eenheden van de Belastingdienst inzake de instelling Coördinatiegroep Concernfinancieringen, nr. DB97/393M, 's-Gravenhage, 24 februari 1997

71. Zie ook M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 60.

3.4.3 Status van de modelbeschikking

Zoals de term aangeeft fungeert de modelbeschikking als een ontwerp. In de modelbeschikking zijn de uitgangspunten geschetst van de voorwaarden die de inspecteur kan stellen. In het individuele geval kunnen de voorwaarden nader worden toegespitst.⁷² Volgens art. 15b, tiende lid, kan de belastingplichtige tegen de individuele beschikking bezwaar maken.⁷³ Komt de belastingplichtige in aanmerking voor toepassing van de concernfinancieringsregeling, dan zijn in de beschikking de voorwaarden opgenomen waaronder een risicoreserve gevormd kan worden. Indien de belastingplichtige geen risicoreserve mag vormen, zal de beschikking negatief luiden. Ook tegen laatstgenoemde beschikking kan belastingplichtige bezwaar aantekenen. Ingevolge art. 6:4 en 6:7 AWB moet een bezwaarschrift binnen zes weken worden ingediend bij de inspecteur die de beschikking heeft gegeven. Tegen de uitspraak op bezwaar staat beroep open bij de belastingrechter.

Ingevolge de aanhef van art. 15b, achtste lid, kan de inspecteur na een periode van tien jaar de voorwaarden aanpassen. Dit kan geschieden door:

- a. het afgeven van een beschikking waarin nieuwe voorwaarden worden vastgesteld,
- b. een beschikking inhoudende dat art. 15b niet meer van toepassing is, of
- c. slechts een aanpassing van de voorheen geldende voorwaarden zonder dat een nieuwe beschikking wordt afgegeven.

Ingevolge art. 15b, tiende lid, Wet Vpb. 1969, staat in al deze situaties de mogelijkheid van bezwaar en beroep open. De belastingplichtige dient eveneens bezwaar en beroep te kunnen aantekenen tegen een beschikking die de inspecteur gedurende de tienjaarsperiode afgeeft vanwege wijzigingen in het feitencomplex.⁷⁴ Zelfs als de inspecteur geen nieuwe beschikking afgeeft, doch tussentijds slechts enige aanvullende voorwaarden stelt, dient de mogelijkheid van bezwaar en beroep open te staan.

De modelbeschikking vervult de functie van model. In de meeste gevallen zullen de voorwaarden conform de modelbeschikking worden gesteld, maar afwijkingen zijn naar gelang de individuele omstandigheden mogelijk. De voorwaarden van de modelbeschikking zijn geen algemene regels die voor een ieder gelden. Deze voorwaarden vormen om die reden geen recht in de zin van art. 99 Wet RO.⁷⁵ Een gevolg hiervan is dat tegen een uitspraak ten aanzien van een specifieke voorwaarde geen cassatie kan worden ingesteld. Bovendien kan de Hoge Raad geen oordeel geven over de betekenis van enige voorwaarde. De gerechtshoven beslissen in hoogste instantie over de uitleg van de voorwaarden. Wel legt de Hoge Raad ten aanzien van

⁷² Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op de derde en zesde vraag van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997, V-N 1997, blz. 3853-3855

⁷³ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 8.

⁷⁴ Zie § 3.4.6 l.

⁷⁵ Ten aanzien van de standaardvoorwaarden fiscale eenheid heeft de Hoge Raad zulks beslist in HR 16 oktober 1985, BNB 1986/44 en HR 8 juli 1997, BNB 1997/385

de voorwaarden de toets aan of zij mogelijk leiden tot een willekeurige en onredelijke belastingheffing, waarop de wetgever niet het oog kan hebben gehad ⁷⁶ Binnen dit criterium kan mijns inziens eveneens worden beoordeeld of de gestelde voorwaarden passen binnen het in de wet gestelde kader van art 15b, achtste lid, Wet Vpb 1969

3.4.4 Tienjaarstermijn

De beschikking wordt voor onbepaalde tijd afgegeven op basis van het feitencomplex zoals dat door belastingplichtige is geschetst in zijn verzoek tot vorming van een risicoreserve. Onder verwijzing naar de voorwaarden zoals deze ook bij een fiscale eenheid of bedrijfsfusie worden gesteld, wijst de Raad van State er op dat een wijziging van de voorwaarden niet mogelijk is als een beschikking voor onbepaalde tijd is afgegeven. De voorwaarden vormen dan een belemmering voor aanpassing van het regime aan de gewijzigde omstandigheden ⁷⁷ De aanhef van het achtste lid biedt de mogelijkheid om de voorwaarden eens in de tien jaar aan te passen. Deze mogelijkheid ervaart de Raad van State als een vooruitgang ten opzichte van de voorwaarden voor de fiscale eenheid en de bedrijfsfusie. De wetgever heeft gekozen voor een termijn van tien jaar om het concern dat de risicoreserve gaat vormen voldoende zekerheid te geven. Met name is gedacht aan de internationale concerns die hun financieringsactiviteiten verplaatsen naar Nederland. Anderzijds biedt een termijn van tien jaar de mogelijkheid om de voorwaarden aan te passen aan nieuwe ontwikkelingen ⁷⁸

Volgens de bewoording van de aanhef van het achtste lid *kunnen* de voorwaarden iedere tien jaar worden aangepast. Geven de feiten of omstandigheden geen aanleiding tot aanpassing van de voorwaarden dan behoeft de inspecteur geen actie te ondernemen. De oude voorwaarden blijven dan onverkort van toepassing. Volgens de toelichting kan bij gewijzigde feiten en omstandigheden worden gedacht aan veranderde omstandigheden van het lichaam of nieuwe inzichten in de werking van de regeling die het wenselijk maken dat bepaalde constructies kunnen worden tegengegaan ⁷⁹

De aanhef van art 15b, achtste lid, en de parlementaire toelichting suggereren dat een belastingplichtige pas na tien jaar kan worden geconfronteerd met nieuwe voorwaarden, ongeacht eerdere wijzigingen in het feitencomplex. Ingevolge voorwaarde II 1 van de modelbeschikking dient de belastingplichtige relevante wijzigingen in het feitencomplex binnen zes maanden aan de inspecteur te melden. Na aanmelding kan de inspecteur onder meer beslissen een nieuwe beschikking af te geven ⁸⁰ Het be-

76 HR 30 augustus 1996, BNB 1997/41

77 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State, blz. 12

78 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45 en 46

79 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 35

80 Zie § 3.4.6 I

paalde in voorwaarde II 1 lijkt mitsdien haaks te staan op de aanhef van het achtste lid, waarin is omschreven dat de voorwaarden slechts iedere tien jaar aan feiten kunnen worden aangepast.

De vraag doet zich voor of voorwaarde II.1 is gesteld binnen de grenzen van het achtste lid. De voorwaarde dat de belastingplichtige relevante wijzigingen in het feitencomplex aan de inspecteur moet melden is niet gestoeld op onderdeel a t/m e van het achtste lid. Deze voorwaarde dient evenwel gesteld te worden om de inspecteur jaarlijks de gelegenheid te geven te beoordelen of aan de verschillende wettelijke en door de inspecteur gestelde voorwaarden is voldaan. Een dergelijke voorwaarde vloeit ontegenzegglijk voort uit de regeling van art. 15b waarvan de toepassing afhankelijk is van het feitencomplex. Niettemin kan voorwaarde II 1 congrueren met de aanhef van het achtste lid. De aanhef moet dan zodanig wordt uitgelegd dat de voorwaarden iedere tien jaar kunnen worden aangepast, ongeacht of het feitencomplex relevant is gewijzigd. Echter, zijn de feiten tussentijds relevant gewijzigd, dan is een directe aanpassing van de voorwaarden binnen de tienjaarsperiode mogelijk.⁸¹ Een eenmaal afgegeven beschikking voor de vorming van een risicoreserve houdt niet in dat bij wijziging van de feiten binnen de tienjaarsperiode, niet meer getoetst zou mogen worden of het CFA-lichaam nog steeds aan de voorwaarden voldoet.

3.4.5 Niet voldoen aan voorwaarden inspecteur

Voldoet een CFA-lichaam bij het begin van een jaar niet langer aan de door de inspecteur gestelde voorwaarden, dan wordt ingevolge het zevende lid de risicoreserve volledig aan de winst toegevoegd. De risicoreserve is alsdan belast tegen het reguliere tarief. De sanctie van het zevende lid is behandeld in § 6.2.4.

Art. 15b, negende lid, Wet Vpb 1969, bepaalt dat de belastingplichtige de door de inspecteur aangepaste voorwaarden niet behoeft te aanvaarden. Deze bepaling is uitsluitend van toepassing in de situatie dat na de tienjaarsperiode de feiten niet relevant zijn gewijzigd, en de voorwaarden desondanks worden aangepast. Indien de belastingplichtige niet wil of kan voldoen aan de nieuwe voorwaarden, dan behoeft de risicoreserve, in afwijking van het zevende lid, niet aan de winst te worden toegevoegd zolang de belastingplichtige blijft voldoen aan de voorheen geldende voorwaarden. Hiermee is voorkomen dat een wijziging van de voorwaarden door de inspecteur materieel terugwerkt ten nadele van de belastingplichtige, in de vorm van een afrekening tegen het reguliere tarief van 35%. Toevoegingen aan de risicoreserve zijn niet meer mogelijk. Belaste onttrekkingen blijven wel verplicht en onbelaste

⁸¹ Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 596.

onttrekkingen blijven mogelijk.⁸² Uiteraard kan de belastingplichtige in die situatie ook kiezen voor een vrijwillige beëindiging van de reserve tegen een tarief van 10%. Belastingplichtige is dan wel gehouden nog gedurende vijf jaren te blijven voldoen aan de in art. 15b, eerste lid, en de door de inspecteur (oorspronkelijk) gestelde voorwaarden.

Wordt een voorwaarde van de inspecteur gesteld *buiten* het kader van het achtste lid, dan dient bij niet naleving van deze voorwaarde de sanctie van het zevende lid, te weten verplichte opheffing van de reserve, niet in werking te treden. Het is niet uit te sluiten dat de belastingrechter een dergelijke voorwaarde onverbindend verklaart. Een algehele onverbindend verklaring van de gestelde voorwaarden lijkt uitgesloten.⁸³ Slechts indien de belastingplichtige niet voldoet aan enige voorwaarde welke door de inspecteur *binnen* de grenzen van het achtste lid is gesteld, moet de reserve aan de winst worden toegevoegd.

3.4.6 Voorwaarde II: Aangifte- en informatieverplichting

3.4.6.1 Wijzigingen feitencomplex (voorwaarde II.1)

In het verzoek tot vorming van een risicoreserve dient een feitencomplex te worden geschetst. De belastingplichtige moet bijvoorbeeld inzicht verschaffen in de volledige structuur van het concern en in de inkomsten die tot de concernfinancieringswinst behoren. De inspecteur geeft de beschikking af aan de hand van de geschetste feiten en omstandigheden. Treden in een feitencomplex relevante wijzigingen op, dan dient belastingplichtige deze wijzigingen zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen zes maanden nadat de wijziging heeft plaatsgevonden, aan de inspecteur te melden. Onder een relevante wijziging verstaat voorwaarde II.1 een wijziging van de feiten die zodanig is dat voorzover deze feiten bekend zouden zijn geweest op het moment van afgeven van de beschikking, de beschikking niet onder de gestelde voorwaarden zou zijn afgegeven.

Belastingplichtige dient wijzigingen in de feiten of omstandigheden door te geven aan de inspecteur. Na aanmelding kan de inspecteur afhankelijk van de aard van de wijzigingen beslissen:

- a. dat de voorwaarden van de beschikking geen aanpassing behoeven. Alsdan lijkt geen sprake te zijn van een relevante wijziging van het feitencomplex. Een rele-

82. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 39.

Een dergelijke situatie is vergelijkbaar met die van een vrijwillige beëindiging van de risicoreserve ingevolge art. 15b, zesde lid, Wet Vpb. 1969. Zie § 6.2.3.

83. Zie Hof Amsterdam 25 mei 1999, 98/3459, V-N 1999, blz. 2403-2405, en Hof Amsterdam 25 mei 1999, 2598/3461, V-N 1999, blz. 3350-3360, waarin het Hof besliste dat een onverbindend verklaring van enige standaardvoorwaarden fiscale eenheid, niet leidt tot een algehele onverbindend verklaring van de gestelde voorwaarden, omdat dat niet in verhouding zou staan tot de gesignaleerde gebreken

- vante wijziging van de feiten is immers zodanig dat de oorspronkelijk beschikking niet onder dezelfde voorwaarden zou zijn afgegeven. De wijziging had niet aangemeld behoeven te worden
- b. dat een of meer aanvullende voorwaarden bij de beschikking worden gesteld. De oorspronkelijke termijn van tien jaar blijft in stand
 - c. dat een nieuwe beschikking wordt afgegeven. Een nieuwe termijn van tien jaar begint te lopen
 - d. dat art. 15b niet meer van toepassing is, zodat de reserve aan de winst moet worden toegevoegd. Deze sanctie is opgenomen in het zevende lid. Daarin is bepaald dat bij het begin van het boekjaar waarin het CFA-lichaam niet langer voldoet aan de voorwaarden van het eerste lid of de door de inspecteur gestelde voorwaarden, de reserve aan de winst wordt toegevoegd.⁸⁴

Beslist de inspecteur na aanmelding van de gewijzigde feiten en omstandigheden in de zin van letter a, b, of c, dan vindt het zevende lid ingevolge de laatste volzin van voorwaarde II.1 geen toepassing. Voor de situaties onder letter a en b is een dergelijke gevolgtrekking logisch, daar ofwel de beschikking in stand blijft, ofwel aan de gestelde voorwaarden is voldaan, maar de inspecteur nog enige aanvullende voorwaarden stelt. Ten aanzien van de gevallen onder letter c wordt een nieuwe beschikking afgegeven. De reden hiervan kan uitsluitend gelegen zijn in het feit dat niet langer aan de voorheen gestelde voorwaarden is voldaan. In beginsel treedt dan de sanctie van het zevende lid in werking. De risicoreserve moet aan de winst worden toegevoegd. In tegenspraak met het zevende lid bepaalt de laatste volzin van voorwaarde II.1 dat ook voor de gevallen onder letter c het zevende lid niet van toepassing is. Dergelijk goedkeurend beleid staat in de weg aan toepassing van de sanctie van het zevende lid.

Indien de belastingplichtige nalaat relevante wijzigingen te melden, voldoet hij volgens voorwaarde II.1 niet langer aan de door de inspecteur gestelde voorwaarden. In dat geval bepaalt het zevende lid dat de reserve aan de winst moet worden toegevoegd. De sanctie van het zevende lid vindt geen toepassing indien de voorwaarde buiten de grenzen van het achtste lid is gesteld. Voorwaarde II.1 vloeit evenwel ontegenzeggelijk voort uit de aard van de concernfinancieringsregeling, en kan derhalve in rechte gesteld worden. Voldoet de belastingplichtige niet aan voorwaarde II.1, dan is de sanctie van het zevende lid onverkort van toepassing.

3.4.6.2 Extra informatieverplichting (voorwaarde II.2)

Verricht belastingplichtige naast de concernfinancieringsactiviteiten nog andere activiteiten, dan dient jaarlijks een separate balans en verlies- en winstrekening met betrekking tot de financieringsactiviteiten te worden overgelegd aan de inspecteur.

⁸⁴ Zie § 6.2.4

Voorts dient belastingplichtige aannemelijk te maken dat aan de vermogens- en inkomstentoets van het tweede lid is voldaan. Ingevolge voorwaarde II.2 van de modelbeschikking moet de belastingplichtige daarom in aanvulling op de jaarlijkse aangifte inzicht verschaffen in

- a de omvang van het totale vermogen dat door het CFA-lichaam is aangewend voor concernfinancieringsactiviteiten,
- b de omvang van het concernfinancieringsvermogen dat is aangewend ten behoeve van concernlichamen in Nederland,
- c de verhouding tussen de waarde in het economische verkeer van de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern en de waarde in het economische verkeer van alle bezittingen van het concern, en
- d de inkomsten die tot de concernfinancieringswinst behoren uitgesplitst per mogendheid of continent

Ingevolge art. 15b, derde lid, kan behalve de concernfinancieringswinst ook de opbrengst van de kortlopende beleggingen aan de risicoreserve worden gedoteerd. Het derde lid bepaalt dat de kortlopende beleggingen aangehouden moeten worden ter financiering van acquisities die passend zijn bij de omvang en liggen in de lijn van de activiteiten van het concern. Deze beleggingen worden kortweg aangeduid met de term 'overnamekas'. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat de belastingplichtige het aanhouden van een overnamekas aannemelijk moet maken door het aanvoeren van geobjectiveerde intenties voor toekomstige acquisities. Deze intenties kunnen bijvoorbeeld gebaseerd zijn op een overnamebeleid in het verleden of op een strategisch plan.⁸⁵ Volgens voorwaarde II.2, vierde gedachtenstreepte, moet de belastingplichtige jaarlijks inzicht verschaffen in de geobjectiveerde intenties. Daarnaast moet de belastingplichtige ingevolge het vijfde gedachtenstreepte informatie verschaffen over de aard en de omvang van de overnamekas.⁸⁶

Ingevolge het zesde gedachtenstreepte dient de belastingplichtige inzicht te geven in de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het CFA-lichaam ten aanzien van de concernfinancieringsactiviteiten ten behoeve van het concern. Deze informatie is nodig om te kunnen beoordelen of het CFA-lichaam aan de zogenaamde substancevoorwaarden voldoet. De substancevoorwaarden lijken evenwel niet rechtens te kunnen worden gesteld.⁸⁷ Slechts de voorwaarde dat het in Nederland gevestigde hoofdduis de financieringsactiviteiten zelfstandig verricht ten opzichte van de buitenlandse vaste inrichting wordt gedragen door de wettekst. Het vereiste dat binnen een concern het CFA-lichaam als centrale spil moet fungeren, is niet op de wettekst gebaseerd. Het verschaffen van inzicht in de financieringsactiviteiten ten behoeve van het concern, zou mitsdien uitsluitend mogen dienen voor de beoordeling of de buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam niet ook financieringsactiviteiten

85 TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 31

86 Zie § 5.3

87 Zie § 2.3.6.3

verricht De belastingplichtige zou geen inzicht behoeven te verschaffen in de positie van het CFA-lichaam ten opzichte van alle financieringsactiviteiten binnen het concern

Belastingplichtige dient jaarlijks de volledige structuur van het concern bij de aangifte te voegen. Daar het concernbegrip binnen de concernfinancieringsregeling een centrale plaats inneemt,⁸⁸ is het begrijpelijk dat jaarlijks de structuur van het concern dient te worden overgelegd. Bovendien kan de inspecteur aan de hand van de structuur beoordelen of het concern geografisch voldoende is gespreid.

De risicoreserve kent geen plafond. Ingevolge voorwaarde V 12 van de modelbeschikking kan de belastingplichtige of een ander concernlichaam worden verzocht de belastingclaim op de risicoreserve zeker te stellen.⁸⁹ Teneinde de inspecteur de mogelijkheid te geven te beoordelen of een dergelijke garantie noodzakelijk is, dient belastingplichtige ingevolge het achtste gedachtenstreepje jaarlijks inzicht te verschaffen in de middelen waaruit de belasting kan worden voldaan.

Het CFA-lichaam kan de winst behaald met concernfinancieringsactiviteiten aan de risicoreserve doteren. Onder het begrip 'concernfinancieringsactiviteiten' wordt verstaan de activiteiten welke de financiering beogen van bedrijfsmiddelen en bedrijfsmatige activiteiten van concernlichamen. Financieringsactiviteiten die strekken tot financiering van lichamen welke niet tot het concern behoren of strekken tot de financiering van beleggingen zijn mitsdien uitgesloten van de concernfinancieringsregeling. Ingevolge het negende gedachtenstreepje van voorwaarde II 2 moet belastingplichtige jaarlijks inzicht verschaffen in hoeverre de financieringsactiviteiten hebben geleid tot kredietverlening buiten het concern dan wel tot beleggen.

3 4 6 3 Groepering van lichamen voor inkomstentoets (voorwaarde II 3)

Ten aanzien van de inkomstennorm van het tweede lid, onderdeel b, kan een concern in verschillende landen of continenten gevestigde lichamen samenvoegen tot één of meer groepen.⁹⁰ De gezamenlijke inkomsten ter zake van deze landen of continenten worden toegerekend aan één lichaam of één continent. De samenstelling van de groepen mag jaarlijks worden gewijzigd.⁹¹ In aanvulling op de aangifte dient belastingplichtige kenbaar te maken welke groepering voor dat betreffende jaar geldt.

⁸⁸ Zie § 2.4.

⁸⁹ Zie § 3.4.9.12.

⁹⁰ Zie § 3.3.4.

⁹¹ TK vergaderjaar 1995-1996 24 696 nr. 3. Memorie van toelichting blz. 32.

3.4.7 Voorwaarde III: Bedrijfsmiddelen

3.4.7.1 *Ter beschikking stellen bedrijfsmiddelen (voorwaarde III.1)*

Volgens deze voorwaarde wordt het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen binnen concern aangemerkt als een financieringsactiviteit. Deze voorwaarde is een vertaling van art. 15b, eerste lid, onderdeel a.⁹² Voorwaarde III.1 voegt daar expliciet aan toe dat ook het ter beschikking stellen van immateriële activa daaronder is begrepen. Voorzover patenten, licenties e.d. als bedrijfsmiddel kunnen worden aangemerkt, zal de exploitatie daarvan als financieringsactiviteit kwalificeren. Een immaterieel activum wordt in het algemeen als bedrijfsmiddel aangemerkt indien het op de fiscale balans is geactiveerd.⁹³ De vergoeding voor het ter beschikking stellen van (im)materiële activa behoort tot de concernfinancieringswinst. Bij aankoop van een patent of licentie kan niet een bedrag onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. Art. 15b, vijfde lid, staat alleen onbelaste onttrekkingen toe bij een kapitaalstorting of verwerving van aandelen.⁹⁴

3.4.7.2 *Sfeerovergang (voorwaarde III.2)*

Een CFA-lichaam dat een bedrijfsmiddel wenst te exploiteren zal dat bedrijfsmiddel – voorzover niet reeds in eigen bezit – voor een zakelijke prijs moeten kopen van een concernlichaam of een derde. Het bedrijfsmiddel zal dan tegen deze zakelijke prijs worden opgenomen in het vermogen waarmee financieringsactiviteiten worden verricht. De afschrijving op een dergelijk bedrijfsmiddel zal ten laste komen van de concernfinancieringswinst.

Een bedrijfsmiddel dat binnen het CFA-lichaam vanuit het ‘normaal belaste vermogen’ aan het financieringsvermogen wordt toegevoegd, moet op het moment van overgang worden geherwaardeerd.⁹⁵ Over een eventuele boekwinst zal in beginsel tegen het reguliere tarief moeten worden afgerekend.⁹⁶ Deze voorwaarde is opgenomen om een afrekening tegen een effectief tarief van 7% van de reeds aanwezige stille reserves te voorkomen. Op deze wijze wordt misbruik van een sfeerovergang voorkomen.

92. Zie § 4.2.5

93. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45

94. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45

95. Een dergelijke sfeerovergang leidt ook binnen een fiscale eenheid tot een herwaardering

96. Toepassing van de ruilgedachte of vorming van een vervangingsreserve ten aanzien van de boekwinst lijkt niet aan de orde, aangezien het bedrijfsmiddel niet het ondernemingsvermogen verlaat. Zie HR 15 april 1998, BNB 1998/232. Bovendien zal veelal geen sprake zijn van een vervanging van het bedrijfsmiddel.

Wordt een bedrijfsmiddel nadien verkocht dan behoort de daarmee behaalde boekwinst eveneens tot de concernfinancieringswinst.⁹⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat uitsluitend boekwinst behaald met verkoop *aan een derde buiten concern* tot de concernfinancieringswinst wordt gerekend.⁹⁸ Voorwaarde III.2 merkt daar niets over op. Een consequente toepassing van de sfeeroverganggedachte zou moeten betekenen dat zelfs als een bedrijfsmiddel binnen het CFA-lichaam overgaat van het financieringsvermogen naar het normaal belaste vermogen, de boekwinst tot de concernfinancieringswinst wordt gerekend. Een dergelijke ongerealiseerde boekwinst kan ingevolge het goed koopmansgebruik evenwel niet tot de belastbare winst van het CFA-lichaam worden gerekend. Aangezien op basis van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, enige winst slechts tot de concernfinancieringswinst behoort voorzover deze winst in Nederland belastbaar is, kan een dergelijke ongerealiseerde boekwinst niet tot de concernfinancieringswinst worden gerekend.

De vraag rijst of bij een latere vervreemding van een bedrijfsmiddel dat eertijds tot het financieringsvermogen heeft behoord, het vervreemdingsvoordeel gecompartmenteerd kan worden. Kan de vervreemdingswinst gesplitst worden in een gedeelte dat betrekking heeft op het tijdvak waarin het bedrijfsmiddel tot het financieringsvermogen behoorde, en een gedeelte dat is toe te rekenen aan de periode waarin het bedrijfsmiddel tot het normaal belaste vermogen behoorde? Kan de winst, analoog aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling,⁹⁹ worden gecompartmenteerd, of is het regime van toepassing zoals dat geldt ten tijde van de winstrealisatie? Enerzijds kan het standpunt gehuldigd worden dat de omvang van de financieringswinst niet afhankelijk mag zijn van het moment waarop de boekwinst wordt gerealiseerd. De vervreemdingswinst zou in deze opvatting gecompartmenteerd moeten worden. Anderzijds kan betoogd worden dat de wetgever bij invoering van de concernfinancieringsregeling de compartimentering uitdrukkelijk had moeten regelen. Nu de wetgever dit heeft nagelaten, in een overigens uitvoerig en uitputtend behandelde regeling, zou compartimentering mijns inziens achterwege moeten blijven. De vervreemdingswinst moet beoordeeld worden op basis van het regime zoals dat ten tijde van winstrealisatie van toepassing is. Behoort het bedrijfsmiddel op dat moment tot het normaal belaste vermogen, dan kan de boekwinst niet aan de risicoreserve worden gedoteerd.

Op de categorale vermogensindeling – het onderscheid tussen financieringsvermogen en normaal belast vermogen – wordt een inbreuk gemaakt door de tweede volzin van voorwaarde III.2. Wordt een bedrijfsmiddel dat tot het financieringsvermogen wordt gerekend namelijk verbeterd of verder ontwikkeld, dan behoren de daarop betrekking hebbende activiteiten niet tot de financieringsactiviteiten. Het verbeteren

⁹⁷ Zie § 5.2.2.4.1

⁹⁸ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45

⁹⁹ HR 2 juli 1986, BNB 1986/305 en HR 22 januari 1997, BNB 1997/101

Zie ook § 5.2.2.7 en § 6.2.2.10

of ontwikkelen is een activiteit die plaatsvindt binnen het deel van de onderneming dat zich niet met financieringsactiviteiten bezighoudt. In de Nota naar aanleiding van het nader verslag is een situatie beschreven waarin een bedrijfsmiddel binnen het CFA-lichaam wordt ontwikkeld.¹⁰⁰ De ontwikkeling kwalificeert niet als financieringsactiviteit. Wil de exploitatie binnen concern van het bedrijfsmiddel tot de concernfinancieringsactiviteiten gaan behoren, dan zal het bedrijfsmiddel moeten worden overgebracht naar het financieringsvermogen. Waren de ontwikkelingskosten geactiveerd, dan zal het bedrag van de 'arm's length' prijs verminderd met de geactiveerde bedragen in de belastingheffing worden betrokken. Waren de kosten direct ten laste van het resultaat gebracht, dan zal het gehele bedrag van de 'arm's length' prijs in de heffing worden betrokken. Volgens voorwaarde III.4 kan onmiddellijke afrekening worden voorkomen door te verzoeken de herwaarderingswinst over een langere periode te spreiden.

Gecompliceerder is de situatie waarbij een bedrijfsmiddel reeds tot het financieringsvermogen van het CFA-lichaam behoort, op het moment dat het bedrijfsmiddel wordt verbeterd of verder ontwikkeld. De ontwikkeling van het bedrijfsmiddel vindt plaats binnen het normaal belaste vermogen. Zolang het verbeterde gedeelte van het bedrijfsmiddel niet tegen een 'arm's length' prijs is overgebracht naar het financieringsvermogen, is ter zake van de exploitatie van het bedrijfsmiddel dat betrekking heeft op het verbeterde gedeelte van het bedrijfsmiddel, geen sprake van een financieringsactiviteit. Op deze wijze wordt voorkomen dat de (boek)winst die voortvloeit uit de verbetering of ontwikkeling van een bedrijfsmiddel tot de financieringswinst wordt gerekend. De vergoeding die het CFA-lichaam ontvangt voor het ter beschikking stellen van een dergelijk dualistisch bedrijfsmiddel, dient gesplitst te worden in een gedeelte dat betrekking heeft op het bedrijfsmiddel dat tot het financieringsvermogen behoort, en een gedeelte dat betrekking heeft op het bedrijfsmiddel dat tot het normaal belaste vermogen behoort. Een voorbeeld ter illustratie.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een bedrijfsmiddel dat voor financieringsactiviteiten wordt gebruikt, gekocht voor 100. X verhuurt het bedrijfsmiddel aan een concernlichaam voor 20 per jaar. De jaarlijkse afschrijving bedraagt 10. De financieringswinst bedraagt derhalve 10. Door verbetering van het bedrijfsmiddel stijgt de waarde daarvan tot 300. De huurprijs wordt als gevolg van de verbeteringen verhoogd tot 60 per jaar. De jaarlijkse afschrijving bedraagt inmiddels 30. De winst bedraagt 30. Voorzover de winst betrekking heeft op de verbeteringsactiviteiten wordt deze niet tot de financieringswinst gerekend. Dit betekent een splitsing van de winst in 10 financieringswinst en 20 normaal belaste winst.

100 TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz 29

In dit abstracte voorbeeld is een dergelijke splitsing betrekkelijk eenvoudig aan te brengen. In de praktijk zal dit echter, mede gezien de onduidelijkheid omtrent waardering en toerekening van kosten, tot enige uitvoeringsproblemen kunnen leiden.

De vraag rijst wanneer sprake is van verbetering of verdere ontwikkeling van een bedrijfsmiddel. In de winstsfeer dient voor de waardering van bedrijfsmiddelen een onderscheid te worden gemaakt tussen onderhoud en verbetering. Kosten verband houdende met het onderhoud behoren tot de lopende ondernemingskosten. Verbeteringskosten moeten daarentegen worden geactiveerd. Van onderhoud is sprake indien werkzaamheden worden verricht om een bedrijfsmiddel in bruikbare staat te houden. De werkzaamheden die op meer gericht zijn dan uitsluitend het herstel van het bedrijfsmiddel in de oorspronkelijke toestand, vormen verbeteringswerkzaamheden.¹⁰¹ Indien op basis van dit in de jurisprudentie ontwikkelde criterium sprake is van onderhoud van een bedrijfsmiddel dat tot het financieringsvermogen behoort, komen de onderhoudskosten in mindering op de concernfinancieringswinst.¹⁰² Is daarentegen sprake van verbetering van een bedrijfsmiddel dat tot het financieringsvermogen behoort, dan worden de daarmee verband houdende kosten geactiveerd bij het normaal belaste vermogen. Eerst na overbrenging van de verbetering van het bedrijfsmiddel tegen een 'at arm's length' prijs naar het financieringsvermogen, kwalificeert de exploitatie van het verbeteringsgedeelte van het bedrijfsmiddel als financieringsactiviteit.

Bij de ontwikkeling van een bedrijfsmiddel kan bijvoorbeeld gedacht worden aan researchwerkzaamheden die leiden tot de verkrijging van een patent. Indien deze werkzaamheden worden verricht ten aanzien van een (immaterieel) bedrijfsmiddel dat reeds tot het financieringsvermogen behoort, zouden normaliter de daarmee samenhangende kosten, al dan niet na activering gevolgd door afschrijving, in mindering kunnen komen op de concernfinancieringswinst. Ingevolge voorwaarde III 2 behoren de ontwikkelingsactiviteiten evenwel niet tot de financieringsactiviteiten. De kosten komen mitsdien niet in mindering op de concernfinancieringswinst, maar op de normaal belaste ondernemingswinst. Eerst na waardering van de ontwikkelingsactiviteiten en overbrenging naar het financieringsvermogen tegen deze waarde, komen de afschrijvingskosten in mindering op de concernfinancieringswinst. Na deze sfeerovergang kwalificeert de exploitatie van het (immateriele) bedrijfsmiddel als financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid.

3.4.7.3 Zakelijke verrekenprijzen (voorwaarde III 3)

De bepaling van de waarde in het economische verkeer van een (im)materieel bedrijfsmiddel dient te geschieden aan de hand van de OESO-richtlijnen voor verre-

101 HR 5 maart 1958, BNB 1958/155 en HR 3 oktober 1979, BNB 1980/231

102 Zie § 5.2.2.1

kenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten.¹⁰³ Het zakelijk karakter van transacties waarbij een bedrijfsmiddel is betrokken dat tot het financieeringsvermogen behoort of gaat behoren, wordt eveneens beoordeeld aan de hand van de OESO-richtlijnen.

3.4.7.4 *Gespreide afrekening herwaarderingswinst (voorwaarde III.4)*

Een onmiddellijke afrekening op moment van sfeerovergang kan worden voorkomen door te verzoeken de herwaarderingswinst over een langere periode te spreiden. Hiervoor is aansluiting gezocht bij art. 2, vierde lid, Bvdb 1989.¹⁰⁴ Volgens voorwaarde III.4 betekent dit dat jaarlijks in de winst wordt betrokken het verschil tussen de afschrijving op de waarde in het economisch verkeer en de afschrijving op de boekwaarde zoals deze was voorafgaand aan de sfeerovergang. Tot het moment dat beide afschrijvingen gelijk zijn zal een dergelijke toevoeging aan de normaal belaste winst moeten plaatsvinden. Of een vervreemding of overgang naar de normaal belaste sfeer vóór dat moment alsnog tot directe afrekening leidt wordt in het midden gelaten. Teneinde claimverlies te voorkomen lijkt afrekening in die situatie voor de hand te liggen.

Voorwaarde III.4 biedt de gespreide afrekeningsmogelijkheid alleen voor immateriële activa. Een sfeerovergang van overige bedrijfsmiddelen zal dus tot directe afrekening leiden. Zulks een onderscheid in behandeling is naar mijn mening niet billijk. Ook bij een sfeerovergang van materiële activa zou een gespreide afrekeningsmogelijkheid geboden moeten worden. Overigens wordt voor van derden gekochte immateriële activa nog de voorwaarde gesteld dat het concern deze activa reeds meer dan vijf jaar in haar bezit moet hebben. De reden om een vijfjaars bezitseis op te nemen voor niet zelf ontwikkelde immateriële activa, is niet duidelijk.

103 In 1995 is een herziene versie van het rapport uit 1979 verschenen onder de titel 'Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations'. In 1996 is hoofdstuk VI toegevoegd met betrekking tot verrekenprijzen voor immateriële activa. Voor een bespreking van het rapport uit 1995 verwijs ik naar R P F M Hafkenscheid en A P G M Hosman, Commentaar op de OECD transfer pricing guidelines 1995, TFO 1995, blz 205-220, en H M A L Hamaekers, De nieuwe OECD 'Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations', *Forfaitair*, nr 57, 1995, blz 2-7.

104 Als gevolg van de fictiebepaling van art. 2, vierde lid, Bvdb 1989, moet bij het berekenen van de vaste inrichtingswinst afschrijving over een intern verschoven bedrijfsmiddel plaatsvinden op basis van de waarde in het economische verkeer. Een hogere afschrijving zal tot een lagere vaste inrichtingswinst leiden en dus tot een lagere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting. Bij het CFA-lichaam zal daarentegen het bedrijfsmiddel daadwerkelijk tegen de waarde in het economisch verkeer in het financieeringsvermogen worden opgenomen waarover vervolgens op de gebruikelijke wijze kan worden afgeschreven. Naast deze afschrijving zal een bedrag aan de winst worden toegevoegd ter grootte van het verschil tussen de afschrijving op de waarde in het economische verkeer en de afschrijving op de boekwaarde. Per saldo is het resultaat hetzelfde als bij art. 2, vierde lid, Bvdb 1989.

3.4.8 Voorwaarde IV: Beleggingen met het oog op de verwerving van deelnemingen

Naast de concernfinancieringswinst kan het CFA-lichaam eveneens de opbrengst van kortlopende beleggingen aan de risicoreserve doteren. Deze beleggingen moeten bestemd zijn om toekomstige acquisities te financieren.¹⁰⁵ Het CFA-lichaam moet daartoe aannemelijk maken dat in de toekomst overnames zullen plaatsvinden en dat het bedrag van de kortlopende beleggingen past bij de omvang van het concern. De zogenoemde overnamekas is behandeld in § 5.3.

Ingevolge voorwaarde IV van de modelbeschikking moeten de kortlopende beleggingen bestaan uit liquiditeiten, obligaties en (lees: of) soortgelijke waardepapieren die op korte termijn liquide zijn te maken of beleggingen met een looptijd korter dan één jaar. De looptijd van maximaal één jaar is een gangbare definitie voor het begrip 'kortlopende beleggingen'. Het begrip 'korte termijn' is in de modelbeschikking niet nader gedefinieerd. Voorts stelt voorwaarde IV de eis dat de beleggingen volledig met eigen vermogen zijn gefinancierd. Deze voorwaarden zijn besproken in § 5.3.3.

Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris zijn voornemen geuit om in de voorwaarden voor de vorming van een risicoreserve in elk individueel geval de criteria op te nemen voor het aanhouden van een overnamekas welke zullen worden ontleend aan de criteria van art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking. Op grond van art. 15b, achtste lid, aanhef, zullen de criteria dan ook voor ten minste tien jaar gelden.¹⁰⁶

De maximale omvang van de overnamekas wordt mede bepaald door de waarde van de buitenlandse deelnemingen die door het CFA-lichaam zelf worden gehouden.¹⁰⁷ Indien een ander lichaam binnen een fiscale eenheid buitenlandse deelnemingen houdt tellen deze ingevolge de tweede volzin van voorwaarde IV eveneens mee. Wel is de eis gesteld dat het andere lichaam in het CFA-lichaam moet zijn opgegaan. Deze voorwaarde is behandeld in § 7.2.5.1.

3.4.9 Voorwaarde V: Doel en strekking van de regeling, alsmede invordering

Art. 15b, achtste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, ziet op het zeker stellen van de belastingheffing en de invordering daarvan. Deze algemene omschrijving is gecon-

¹⁰⁵ De financiering van een deelneming uit de overnamekas leidt niet tot een onbelaste afname van de risicoreserve. De overnamekas behoort namelijk strikt genomen niet tot het financieringsvermogen. Deze opvatting lijkt evenwel niet te sporen met de strekking van de concernfinancieringsregeling. Zie § 6.3.2.4.

¹⁰⁶ TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 31. Ten aanzien van de tien jaarstermijn zie § 3.4.4.

¹⁰⁷ Zie § 5.3.5.

cretiseerd in voorwaarde V van de modelbeschikking. Op 6 oktober 1997 heeft de staatssecretaris enige vragen van de Tweede Kamer beantwoord. Uit de antwoorden blijkt dat op grond van het achtste lid, onderdeel a, naast de voorwaarden van de modelbeschikking nog substance-eisen worden gesteld aan het CFA-lichaam.¹⁰⁸ Het CFA-lichaam dient te beschikken over gekwalificeerd personeel met zelfstandige beslissingsbevoegdheid. Voorts moet het CFA-lichaam een centrale spil zijn voor de financieringsactiviteiten van de groep als geheel. Ter bevordering van de rechtszekerheid en rechtseenheid zouden deze substancevoorwaarden – afgezien van de vraag of deze voorwaarden rechtens gesteld kunnen worden¹⁰⁹ – in de modelbeschikking moeten zijn opgenomen.

3.4.9.1 Omvang overnamekas binnen fiscale eenheid (voorwaarde V.1)

Kortlopende beleggingen binnen een fiscale eenheid worden volgens voorwaarde V.1 slechts tot de overnamekas gerekend voorzover ze tot het vermogen van het CFA-lichaam behoren. Deze voorwaarde is behandeld in § 7.2.5.2.

3.4.9.2 Financieringsactiviteiten binnen fiscale eenheid (voorwaarde V.2)

Ingevolge de eerste volzin van voorwaarde V.2 kan binnen fiscale eenheid een risicoreserve worden gevormd als het geheel van activiteiten van de fiscale eenheid maar kwalificeert voor toepassing van art. 15b. Volgens de tweede volzin van voorwaarde V.2 mag aan de risicoreserve slechts worden gedoteerd voorzover de financieringswinst wordt behaald door lichamen die direct of indirect worden gehouden door het CFA-lichaam. Voor een bespreking van deze voorwaarde zij verwezen naar § 7.2.3 en 7.2.4.2.

3.4.9.3 Meerdere financieringslichamen (voorwaarde V.3)

De overnamekas mag niet meer bedragen dan 25% van de beurs- of marktwaarde van het concern¹¹⁰ of 100% van het bedrag van de uitstaande leningen en van de waarde van de buitenlandse deelnemingen. Binnen een concern kunnen meerdere financieringsmaatschappijen voorkomen. Ter zake van het eerste plafond wordt dan ingevolge art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, het deel van die 25% in aanmerking genomen dat overeenkomt met de verhouding tussen het eigen vermogen

¹⁰⁸. Zie § 2.3.

¹⁰⁹ Zie § 2.3.6.

¹¹⁰ Als het concern één of meer andere lichamen heeft waarin financieringsactiviteiten worden verricht, wordt ingevolge art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, het deel van die 25% in aanmerking genomen dat overeenkomt met de verhouding tussen het eigen vermogen van het CFA-lichaam en het gezamenlijk eigen vermogen van alle lichamen waarin financieringsactiviteiten worden verricht.

van het CFA-lichaam en het gezamenlijk eigen vermogen van alle lichamen waarin financieringsactiviteiten worden verricht ¹¹¹ Ter zake van het tweede plafond van de overnamekas merkt voorwaarde V 3 op dat slechts buitenlandse of binnenlandse deelnemingen in aanmerking worden genomen die niet mede vanuit een ander concernfinancieringslichaam worden gefinancierd of gehouden Deze voorwaarde is aan de orde in § 5 3 5 3 2

3 4 9 4 Volgorde dotaties en onttrekkingen (voorwaarde V 4)

Een verlies uit financieringsactiviteit, bijvoorbeeld een afwaarderings- of valutaverlies op een verstrekte concernlening, leidt tot een belaste afname van de risicoreserve ¹¹² Deze verliezen behoren ingevolge art 15b, eerste lid, onderdeel b, ten eerste, Wet Vpb 1969, niet tot de concernfinancieringswinst ¹¹³ Zonder deze voorziening zou een verlies op een concernlening leiden tot een afname van de dotatiegrondslag, terwijl ook belast aan de risicoreserve moet worden onttrokken De belaste afname van de risicoreserve zal tot een toevoeging aan de normaal belaste winst leiden Deze toename van de winst behoort niet tot de concernfinancieringswinst ¹¹⁴ Van een belaste onttrekking zou dan immers onmiddellijk weer 80% gereserveerd kunnen worden In de eerste volzin van voorwaarde V 4 is bepaald dat de jaarlijkse dotatie vastgesteld dient te worden los van de belaste en onbelaste onttrekkingen in een jaar Overigens valt niet in te zien dat een onbelaste onttrekking tot de concernfinancieringswinst zou kunnen behoren Een dergelijke onttrekking behoort immers per definitie niet tot enige winst

De dotatie aan de risicoreserve wordt per boekjaar vastgesteld en niet naar gelang de inkomsten gedurende het boekjaar opkomen De dotatie aan de risicoreserve wordt geacht per het begin van het betreffende boekjaar te hebben plaats gevonden ¹¹⁵ De jaarlijkse dotatie gaat volgens de tweede volzin van voorwaarde V 4 immers vooraf aan de belaste en onbelaste onttrekkingen, welke in chronologische volgorde in aanmerking worden genomen ¹¹⁶ Een verlies uit vaste inrichting wordt geacht op het einde van het boekjaar te zijn gerealiseerd Een onttrekking dienaangaande vindt derhalve eveneens op het einde van het boekjaar plaats Een voorbeeld ter illustratie

Voorbeeld

CFA-lichaam X heeft na afloop van het jaar 2000 een risicoreserve van 40 In het jaar 2001 doet het volgende zich voor

¹¹¹ Zie § 5 3 5 2

¹¹² Zie § 6 2 2 2

¹¹³ Zie § 5 2 2 6

¹¹⁴ Zie § 5 2 2 3

¹¹⁵ Zie § 5 2 4

¹¹⁶ EK vergaderjaar 1996 1997 24 696 nr 52b Memorie van antwoord blz 13

- winst uit overige activiteiten bedraagt 100,
- vaste inrichtingsverlies van 60,
- januari 2001: liquidatieverlies van 60,
- februari 2001: kapitaalstorting van 30 in een deelneming,
- december 2001: inkomsten uit concernfinancieringsactiviteiten ten bedrage van 100.

Aangezien de concernfinancieringswinst 100 bedraagt, zou in beginsel een bedrag van 80 gereserveerd kunnen worden. Verliezen ter zake waarvan onttrekkingen aan de reserve plaatsvinden behoren immers niet tot de concernfinancieringswinst.¹¹⁷ Het belastbaar bedrag voor onttrekking en dotatie bedraagt 80. De maximale dotatie bedraagt ingevolge het derde lid 80% van 80, ofwel 64.

De dotatie aan de reserve van 64 wordt per 1 januari 2001 in aanmerking genomen. Onttrekkingen welke in 2001 geschieden, worden hierop in mindering gebracht. De risicoreserve voor 2001 kent voorafgaand aan de onttrekkingen een omvang van 104. De onttrekkingen worden in chronologische volgorde daarop in mindering gebracht. Dat wil zeggen eerst het liquidatieverlies van 60, vervolgens de onbelaste onttrekking van 15 ter zake van de kapitaalstorting en vervolgens het vaste inrichtingsverlies van 60 dat wordt geacht op het einde van het boekjaar te zijn gerealiseerd.

Van dit laatste verlies kan een bedrag van 31 niet belast aan de reserve worden onttrokken.¹¹⁸ Per saldo bedraagt in 2001 de totale winst 80 plus 89, ofwel 169 waarvan 64 aan de risicoreserve is gedoteerd. Belasting wordt dus geheven over 105.¹¹⁹

3.4.9.5 Betrokkenheid bij fusie of fiscale eenheid (voorwaarde V.5)

Aan de risicoreserve mag onbelast een bedrag worden onttrokken ter zake van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming. Als gevolg van een dergelijke investering in een deelneming zal het opgeofferd bedrag als bedoeld in

117 Voorzover ter zake van een verlies de risicoreserve onvoldoende ruimte biedt voor een belaste onttrekking, zal een verlies toch in mindering komen op de concernfinancieringswinst

118 Verliezen van een vaste inrichting leiden tot een belaste vrijval van de reserve. Toepassing van de inhaalregeling in een later jaar kan leiden tot dotatie aan de risicoreserve. In dit voorbeeld leidt een verlies uit vaste inrichting van 60 slechts tot een belaste vrijval van 29. Toepassing van de inhaalregeling in een later jaar ter zake van deze 29 leidt tot een toevoeging aan de reserve. Toepassing van de inhaalregeling ter zake van 31 zal leiden tot normaal belaste winst. In welke volgorde de toekomstige inhaal dient plaats te vinden bij een vaste inrichtingswinst van bijvoorbeeld 35 is niet duidelijk

119 De belastbare winst bestaat uit

– winst overige activiteiten	100
– concernfinancieringswinst (100/-64)	36
– v.l.-verlies dat niet kan worden onttrokken	-/- 31
	<hr/>
	105

art. 13d Wet Vpb. 1969, worden verminderd met het bedrag van de onbelaste onttrekking.¹²⁰ Hiermee wordt voorkomen dat in het geval van liquidatie een verlies dubbel wordt genomen. Eenmaal bij de reservering ten laste van de winst en de daarop gevolgde onbelaste onttrekking, en eenmaal bij de liquidatie. Voorwaarde V.5 bepaalt nu dat indien een deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de reserve zijn onttrokken, wordt opgenomen in een fiscale eenheid dan wel betrokken raakt bij een bedrijfsfusie, een juridische fusie of een juridische splitsing, zulks aan de inspecteur gemeld moet worden. De inspecteur kan dan nadere voorwaarden stellen aan het opgeofferd bedrag. Het volgende voorbeeld ter verduidelijking.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X verwerft deelneming Y voor een bedrag van 200. Ter zake van deze verwerving kan een bedrag van 100 onbelast aan de risicoreserve van X worden onttrokken. Ingevolge art. 15b, vijfde lid, wordt het opgeofferd bedrag van deelneming Y vastgesteld op 200 minus 100, ofwel 100. In het kader van een bedrijfsfusie brengt deelneming Y vervolgens haar onderneming in dochtervennootschap Z in tegen uitreiking van aandelen Z. Gesteld dat de fiscale boekwaarde van de ingebrachte onderneming 200 bedraagt, dan wordt het opgeofferd bedrag voor dochtervennootschap Z gesteld op 200.¹²¹ Indien de inspecteur niet de mogelijkheid heeft om het opgeofferd bedrag van Z op 100 te stellen, zou in geval van liquidatie van Z een verlies dubbel genomen kunnen worden.¹²²

De opname van een deelneming in een fiscale eenheid zal – in tegenstelling tot betrokkenheid bij een bedrijfsfusie – veelal niet nopen tot nadere voorwaarden.¹²³ Het opgeofferd bedrag van een vennootschap binnen een fiscale eenheid wordt namelijk

¹²⁰ Zie § 6.3.2.5.

¹²¹ Zie de 8e standaardvoorwaarde bedrijfsfusie, Resolutie van 1 juli 1993, nr. DB93/2165M, BNB 1993/269.

¹²² Een liquidatieverlies van een Nederlandse concernvennootschap leidt in beginsel tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve. Slechts indien en voorzover de risicoreserve ontoereikend is, zal wel een liquidatieverlies genomen kunnen worden bij de concernvennootschap, zonder dat dit verlies bij het CFA-lichaam tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve leidt.

¹²³ Het opgeofferd bedrag op het verenigingstijdstip is slechts relevant voor de bepaling van het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip vanwege de 11e standaardvoorwaarde fiscale eenheid. Het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip bestaat onder meer uit de bij de ontvoegde vennootschap nog aanwezige goodwill en stille reserves die op het verenigingstijdstip niet tot uitdrukking zijn gekomen in het beginvermogen van de combinatie, althans voorzover deze op het splitsingstijdstip nog aanwezig zijn. De omvang van de goodwill en stille reserves op het verenigingstijdstip wordt forfaitair bepaald op het bedrag waarmee het opgeofferd bedrag op het verenigingstijdstip het zuiver vermogen van de dochtermaatschappij minus de fiscale reserves volgens de laatste balans voor het verenigingstijdstip overtreft. Slechts voor deze forfaitaire vaststelling zouden de nadere voorwaarden bij opname in een fiscale eenheid dus van belang kunnen zijn. Voor een uitgebreide behandeling van het voorgaande verwijs ik naar Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 199, Fiscale eenheid, Kluwer Deventer, 1995, blz. 104 e.v.

op het splitsingstijdstip opnieuw vastgesteld ¹²⁴ De splitsing van een fiscale eenheid zal daarentegen wel noodzaken tot het stellen van nadere voorwaarden ter bepaling van het opgeofferd bedrag Hiertoe is voorwaarde V 6 opgenomen

Het opgeofferd bedrag van een deelneming kan in geval van juridische fusie of splitsing op tweeërlei wijze worden geraakt Ten eerste als een deelneming tot het vermogen van een verdwijnende c q splitsende vennootschap behoort Ingevolge art 14a, tweede lid, respectievelijk art 14b, tweede lid, Wet Vpb 1969, treedt de verkrijgende rechtspersoon met betrekking tot al hetgeen in het kader van de fusie of splitsing is verkregen in de plaats van de verdwijnende c q splitsende rechtspersoon Een voor de deelneming opgeofferd bedrag gaat mitsdien over op de verkrijgende vennootschap Ten tweede kan een deelneming als verdwijnende c q splitsende vennootschap betrokken raken bij een juridische fusie of splitsing Ingevolge art 68aa, derde lid, Wet IB 1964, wordt voor de aandeelhouder van de verdwijnende vennootschap het opgeofferd bedrag voor de ter zake van de fusie toegekende aandelen gesteld op het bedrag dat als zodanig gold voor zijn aandelen in de verdwijnende vennootschap In geval van een juridische splitsing bepaalt art 68a, derde lid, Wet IB 1964, dat het voor de aandelen in de splitsende vennootschap opgeofferd bedrag voor een evenredig gedeelte wordt toegerekend aan de door de verkrijgende rechtspersoon uitgereikte aandelen Blijft de splitsende rechtspersoon bestaan, dan wordt het opgeofferd bedrag voor de aandelen in de splitsende vennootschap in dezelfde mate verminderd In geval van een juridische fusie of splitsing wordt het opgeofferd bedrag eenvoudigweg doorgeschoven Nadere voorwaarden ter vaststelling van het opgeofferd bedrag van een deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de reserve zijn onttrokken, lijken derhalve in het geval van betrokkenheid bij juridische fusie of splitsing niet behoeven te worden gesteld

3 4 9 6 Ontvoeging fiscale eenheid (voorwaarde V 6)

In voorwaarde V 6 is aangegeven op welke wijze het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip van een fiscale eenheid moet worden vastgesteld Deze voorwaarde is behandeld in § 7 2 9 1

3 4 9 7 Onbelaste onttrekking (voorwaarde V 7)

Voor een onbelaste afname van de risicoreserve moet de investering in een deelneming reële betekenis hebben Willekeurige en herhaalbare verhangingen binnen

¹²⁴ Ingevolge de 11e standaardvoorwaarde fiscale eenheid Resolutie staatssecretaris van Financien 30 september 1991 nr DB91/2309 BNB 1991/329 wordt het opgeofferd bedrag in beginsel gesteld op het voor de vennootschapsbelasting in aanmerking te nemen zuivere vermogen van de dochtermaatschappij nadat dit is verminderd met de toelaatbare reserves

concern kwalificeren niet voor een onbelaste afname van de risicoreserve.¹²⁵ Voorwaarde V 7 bepaalt dat de kapitaalstorting of de verwerving van aandelen in een deelneming moet leiden tot

- een uitbreiding of verbetering van de operationele activiteiten van het concern, dan wel
- tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen

Een lening welke is verstrekt ten behoeve van één van deze doeleinden en binnen drie jaar wordt omgezet in aandelenkapitaal, leidt eveneens tot een onbelaste onttrekking. Deze voorwaarde is aan de orde in § 6 3 2 7

3 4 9 8 Indirecte investering via Nederlands concernlichaam (voorwaarde V 8)

Zowel directe als indirecte investeringen door het CFA-lichaam in deelnemingen kunnen leiden tot een onbelaste afname van de reserve. Als nadere invulling van art 15b, vijfde lid, biedt de eerste volzin van voorwaarde V 8 de mogelijkheid van een onbelaste onttrekking ingeval de indirecte investering is verricht door een in Nederland gevestigd concernlichaam, de investering is gefinancierd uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam en door middel van een kapitaalstorting of dividenduitkering aan het concernlichaam ter beschikking is gesteld. De eerste volzin van voorwaarde V 8 komt uitgebreid aan bod in § 6 3 2

Een leningverstrekking aan een deelneming kan niet onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken.¹²⁶ De tweede volzin van voorwaarde V 8 van de modelbeschikking biedt een uitzondering op deze regel. Indien een tussenhoudster is opgenomen in een fiscale eenheid waarvan ook het CFA-lichaam deel uitmaakt, kan de leningverstrekking door het CFA-lichaam onder bepaalde voorwaarden toch leiden tot een onbelaste onttrekking aan de risicoreserve. Deze voorwaarde is behandeld in § 7 2.8.2

3 4 9 9 Indirecte investering via verbonden lichaam (voorwaarde V 9)

Voorwaarde V 9 bepaalt dat een onbelaste afname van de reserve zich voor kan doen in de volgende situatie. Een CFA-lichaam stort kapitaal in een verbonden lichaam waarna dit verbonden lichaam de gelden direct als kapitaal stort in een ander verbonden lichaam dat met de gelden de aandelen in een deelneming verwerft. Deze voorwaarde geeft slechts een voorbeeld van een situatie die reeds onder voorwaarde V 8 gefaciliteerd zou zijn. Voorwaarde V 9 is aan de orde in § 6 3 2

125 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting blz. 34

126 Zie § 6 3 2 1 4

3.4.9.10 *Vervreemdingsverbod (voorwaarde V.10)*

Behalve dat de investering in een deelneming ingevolge voorwaarde V.7 reële betekenis moet hebben, bepaalt voorwaarde V.10 dat een verworven deelneming niet binnen vijf jaar mag worden vervreemd. Dit vervreemdingsverbod is behandeld in § 6.3.2.6.

3.4.9.11 *Uitbreiding uitgezonderde aandelen (voorwaarde V.11)*

In art. 15b, eerste lid, zijn preferente aandelen zowel uitgezonderd bij de bepaling van de concernfinancieringswinst als bij de bepaling van de omvang van het concern. In voorwaarde V.11 worden daarnaast uitgezonderd alle aandelen die wel delen in de reserves, maar waarbij de normale risico's die behoren bij het aandelenbezit op enigerlei wijze zijn afgedekt. Deze voorwaarde is aan de orde in § 2.4.3.4.

3.4.9.12 *Zeker stellen belastingclaim reserve (voorwaarde V.12)*

De risicoreserve kent geen plafond.¹²⁷ Bovendien is de omvang van de reserve niet gerelateerd aan de omvang van het vermogen van de belastingplichtige. Op het moment van invordering van de over de risicoreserve verschuldigde belasting, bestaat het risico dat het vermogen van het lichaam ontoereikend is om de belasting te voldoen. Het vermogen kan immers aanzienlijk verminderd zijn door bijvoorbeeld winstuitkeringen aan de aandeelhouder. Teneinde de belastingclaim op de reserve zeker te stellen kan ingevolge voorwaarde V.12 de belastingplichtige of een ander tot het concern behorend lichaam worden verzocht zekerheid te verstrekken aan de ontvanger, bijvoorbeeld in de vorm van een borgstelling, hypotheek of verpanding.

Over de hoogte van de zekerheid wordt niets opgemerkt. Naar mijn mening kan aansluiting worden gezocht bij de omvang van de passieve belastinglatentie zoals opgenomen in de commerciële balans.¹²⁸ In grote lijn betekent dit dat indien een concern aan de voorwaarden zal kunnen blijven voldoen en er bovendien geen belaste onttrekkingen te verwachten zijn, men geen zekerheid behoeft te stellen. Wordt afrekening tegen 10% verwacht,¹²⁹ dan is een garantstelling van in beginsel 10% alleszins redelijk. Is een reëel risico aanwezig dat de reserve moet worden opgehe-

127 In TK, vergaderjaar 1995/1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 35, is aangegeven dat in voorkomende gevallen een plafond aan de risicoreserve kan worden gesteld. Hierdoor zouden voldoende middelen beschikbaar blijven om de belastingclaim op die reserve te voldoen. In de modelbeschikking is een dergelijke voorwaarde niet gesteld.

128. Zie § 7.4.

129 Op verzoek kan de reserve in gelijke delen gedurende vijf jaar aan de winst worden toegevoegd. De belasting over deze toevoeging bedraagt 10%. Zie § 6.2.3.

ven omdat bijvoorbeeld niet meer aan de voorwaarden zal kunnen worden voldaan, dan zal een garantstelling van in beginsel 35% kunnen worden gevraagd

Voorwaarde V.12 kan worden gesteld binnen het kader van art. 15b, achtste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969. Desondanks rijst de vraag of deze invorderingsbepaling die betrekking heeft op een toekomstige belastingschuld, in redelijkheid gesteld kan worden. Mede omdat zelfs ten aanzien van de materiele belastingschuld geen duidelijkheid bestaat op het moment van de zekerheidstelling. Bovendien kent de fiscus ingevolge de Invorderingswet 1990 al voldoende speciale bevoegdheden om de verschuldigde belasting in te vorderen. Daarnaast is de vraag of een dergelijke invorderingsbepaling, ondanks het wettelijk kader van art. 15b, achtste lid, onderdeel a, in een (model)beschikking gevat kan worden.

3.4.9.13 Vrijwillige opheffing reserve (voorwaarde V.13)

Ingevolge art. 15b, zesde lid, Wet Vpb. 1969, kan op verzoek van het CFA-lichaam de reserve in gelijke delen aan de winst van een jaar en de daaropvolgende vier jaren worden toegevoegd.¹³⁰ De belasting hierover bedraagt 10%. Indien dit verzoek tot vrijwillige opheffing bij de tijdig ingediende aangifte is gevoegd, kan blijkens voorwaarde V.13 de reserve reeds voor een vijfde gedeelte aan de winst van dat boekjaar worden toegevoegd. Een aangifte is niet tijdig ingediend als na een aanmaning van de inspecteur de aangifte niet voor de gestelde datum van inlevering is ingediend. In de jurisprudentie geldt evenwel als uitgangspunt dat zolang de aanslag niet onherroepelijk vaststaat op de aangifte, kan worden teruggekomen. Dus ook de keuze tot vrijwillige opheffing van de risicoreserve kan nog in de bezwaar- of beroepsfase genomen worden. Voor een vijfde gedeelte zou de risicoreserve dan aan de winst kunnen worden toegevoegd in het boekjaar waarop het bezwaar of beroep betrekking heeft.

3.4.10 Voorwaarde VI: Verliezen

De inspecteur mag ingevolge art. 15b, achtste lid, onderdeel b, Wet Vpb. 1969, voorwaarden stellen die dubbele verliesneming moeten voorkomen. Doet zich namelijk binnen het Nederlandse gedeelte van het concern een verlies voor waarvoor de risicoreserve is gevormd, dan zal dit verlies door het betreffende lichaam ten laste van de Nederlandse winst worden gebracht. Voor deze verliezen is echter reeds in het verleden ten laste van de winst een risicoreserve gevormd door het CFA-lichaam. Een gelijk bedrag als bij het andere concernlichaam ten laste van de winst is gebracht, moet bij het CFA-lichaam belast aan de reserve worden onttrokken. Zonder deze voorwaarden zou dit verlies tweemaal in aftrek zijn gebracht.

¹³⁰ Zie § 6.2.3.

3.4.10.1 Keuzemogelijkheid bij verliezen (voorwaarde VI 1)

Indien een verlies ter zake van de in het eerste lid omschreven risico's door een concernlichaam ten laste van de in Nederland belastbare winst wordt gebracht, dient een gelijk bedrag bij het CFA-lichaam ten laste van de risicoreserve aan de winst te worden toegevoegd. In afwijking van het wettelijk systeem kunnen volgens voorwaarde VI 1 van de modelbeschikking het CFA-lichaam en het concernlichaam er voor kiezen een belaste onttrekking achterwege te laten, mits het andere concernlichaam dan geen verlies ten laste van haar winst brengt. Voor een uitgebreide behandeling van de keuzemogelijkheid zij verwezen naar § 6.2.2.9.

3.4.10.2 Manipulatie liquidatieverlies (voorwaarde VI 2)

Van manipulatie is sprake indien het tijdstip van liquidatie opzettelijk wordt uitgesteld tot het moment waarop de risicoreserve nihil bedraagt. Voor een belaste onttrekking aan de reserve is dan geen ruimte meer. Een dergelijk effect is volgens de staatssecretaris ongewenst¹³¹. Vandaar dat in voorwaarde VI 2 is bepaald dat een liquidatieverlies genomen dient te worden direct na afloop van de normale termijn van vereffening in het land van vestiging. Deze voorwaarde is behandeld in § 6.2.2.7.

3.4.10.3 Aanvang overgangsperiode (voorwaarde VI 3)

Krachtens art. 15b, vierde lid, Wet Vpb. 1969, leidt een verlies ter zake van een in het eerste lid omschreven risico tot een belaste afname van de risicoreserve. Een dergelijke onttrekking blijft achterwege indien deze verliezen zich voordoen gedurende de eerste vijf boekjaren nadat door het CFA-lichaam voor de eerste maal aan de reserve is gedoteerd. Voorwaarde VI 3 laat de vijfjaarstermijn aanvangen in het eerste boekjaar waarin een risicoreserve gevormd kan worden. Deze voorwaarde is aan de orde in § 6.2.2.11.

3.4.10.4 Omzetting vaste inrichting in deelneming (voorwaarde VI 4)

Een vaste inrichtingsverlies bij een concernlichaam leidt tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve bij het CFA-lichaam. Deze bepaling is reeds opgenomen in voorwaarde VI 1 en wordt in onderhavige voorwaarde nogmaals herhaald.

Voorts wordt in voorwaarde VI 4 het een en ander opgemerkt over de samenloop van art. 15b en art. 13c Wet Vpb. 1969. Laatstgenoemde bepaling vindt toepassing

¹³¹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 36.

indien voorafgaand aan de omzetting van een vaste inrichting in een deelneming, vaste inrichtingsverliezen zijn geleden. De deelnemingsvrijstelling is in die situatie niet van toepassing op positieve voordelen uit die deelneming tot het bedrag van het vaste-inrichtingsverlies. Voorwaarde VI.4 bepaalt nu, in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis,¹³² dat een bedrag gelijk aan de belaste deelnemingswinst ex art. 13c, volledig aan de risicoreserve kan worden gedoteerd. Voorwaarde VI.4 is in dit opzicht in overeenstemming met hetgeen is bepaald in art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2° jo derde lid, tweede volzin, Wet Vpb. 1969.

Opmerkelijk is dat volgens voorwaarde VI.4 de dotatie niet plaatsvindt ten laste van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam, maar ten laste van de concernfinancieringswinst. De concernfinancieringswinst kan immers al voor 80% worden gereserveerd. Door nu een 100% dotatie ten laste van de financieringswinst toe te staan bedraagt het voordeel voor het CFA-lichaam slechts maximaal 7 % van de financieringswinst. Het andere concernlichaam moet daarentegen over het positieve voordeel afrekenen tegen het normale tarief. Gezien de systematiek van art. 15b zou het CFA-lichaam ten laste van haar normaal belaste winst aan de reserve moeten kunnen doteren.¹³³ Dient de dotatie evenwel ten laste van de concernfinancieringswinst te geschieden, dan hebben de belastingplichtige en het andere concernlichaam nog de keuze om zowel de dotatie als de winstneming ex art. 13c achterwege te laten.

Gelijk aan de keuzemogelijkheid in de inhaalperiode, heeft het concern volgens voorwaarde VI.4 ook de keuze om het voordeel ingevolge art. 13c niet tot de winst te rekenen, mits dotatie aan de reserve dan achterwege blijft.¹³⁴ Hiervoor lijkt evenwel aanpassing van art. 13c Wet Vpb. 1969 noodzakelijk. Deze keuze dient te worden uitgebracht bij de indiening van de aangifte waarin voor de eerste maal art. 13c Wet Vpb. 1969 toepassing vindt. Aangezien een bestendige gedragslijn gevolgd moet worden, lijkt de keuze van toepassing te zijn op alle art. 13c-situaties welke zich in de daaropvolgende jaren binnen het concern voordoen. Overigens is hierbij de vraag in hoeverre het ene concernlichaam gebonden is aan een keuze van het andere concernlichaam. Voor een behandeling van de keuzemogelijkheid zij verwezen naar § 5.2.3.5.

3.4.11 Voorwaarde VII: Eigen vermogen

Ter voorkoming van erosie van de belastinggrondslag kan de inspecteur op grond van art. 15b, achtste lid, onderdelen c en d, nadere voorwaarden stellen. Onderdeel c

¹³² TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz 34

¹³³ Zie § 5.2.3.1

¹³⁴ Het bepaalde in voorwaarde VI.4 is ontleend aan TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz 34: 'Op het moment dat met inachtneming van art. 13c winst moet worden genomen, staat het de groep vrij om zowel de dotatie als de winstneming achterwege te laten.'

ziet op de financiering van het CFA-lichaam. De voorwaarden die ingevolge onderdeel c gesteld mogen worden, moeten voorkomen dat een in Nederland gevestigd concernlichaam geld leent en dat vervolgens als eigen vermogen ter beschikking stelt aan het CFA-lichaam.¹³⁵ De rente ter zake van de geldlening zou namelijk in die situatie bij het concernlichaam aftrekbaar zijn tegen 35%. De financieringswinst die het CFA-lichaam met het kapitaal genereert is daarentegen in beginsel slechts effectief belast tegen 7%. Ter voorkoming van grondslagerosie zou de renteaftrek bij het concernlichaam kunnen worden beperkt of zou de reservering van de met 'besmet' vermogen behaalde financieringswinst kunnen worden beperkt.

Opmerkelijk is echter de invulling die voorwaarde VII van de modelbeschikking aan onderdeel c geeft. Gesteld wordt dat de met het CFA-lichaam verbonden lichamen hun operationele activiteiten in Nederland volgens een nader te bepalen debt/equity-ratio moeten financieren.¹³⁶ Opmerkenswaard is dat de gedachte van een debt/equity-ratio in de toelichting op art. 10a Wet Vpb. 1969 als niet werkbaar is afgedaan.¹³⁷ De strekking van voorwaarde VII is dat voorkomen moet worden dat het eigen vermogen van Nederlandse concernlichamen in het CFA-lichaam wordt ondergebracht, alwaar het rendeert tegen een effectief tarief van 7%. Bij ontbreken van eigen vermogen zijn de concernlichamen genoodzaakt hun operationele activiteiten met vreemd vermogen te financieren, hetgeen leidt tot erosie van de Nederlands belastinggrondslag als gevolg van de renteaftrek. Een dergelijke erosie tracht voorwaarde VII te voorkomen door het stellen van een debt/equity-ratio. Nu voorwaarde VII niet terug te voeren lijkt op het bepaalde in art. 15b, achtste lid, onderdeel c, rijst de vraag in hoeverre deze voorwaarde rechtens gesteld kan worden.¹³⁸

Wordt niet aan de in voorwaarde VII bepaalde vermogensverhouding voldaan, dan moet strikt genomen ingevolge het zevende lid de risicoreserve aan de winst worden toegevoegd. Een tegenbewijsregeling ontbreekt. De sanctie zal door een belastingplichtige als onredelijk worden ervaren in de situatie dat zij als gevolg van een minderheidsbelang geen invloed kan uitoefenen op de vermogensverhouding van een concernlichaam. Slechts indien sprake is van bijzondere omstandigheden is een overschrijding van de vermogensverhouding mogelijk. Deze bijzondere omstandigheden zijn echter niet gedefinieerd. Een afwijking van de vermogensverhouding is naar mijn mening gerechtvaardigd als bijvoorbeeld zakelijke overwegingen aangevoerd worden voor de overschrijding. Ook het gegeven dat geen invloed op de vermogensverhouding van een minderheidsbelang kan worden uitgeoefend, rechtvaardigt een afwijking.

135 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 38

136 Preferent aandelenkapitaal behoort voor de toepassing van de debt/equity-ratio tot het eigen vermogen. Overigens is de vraag of de debt/equity-ratio een jaarlijks toetsingsmoment kent of dat het een continu-toets betreft en wat het gevolg is van een incidentele overschrijding.

137. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 10

138 Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 596.

Een alternatieve sanctie is dat de rente op het bovenmatige vreemd vermogen niet in aftrek komt bij het concernlichaam,¹³⁹ of slechts aftrekbaar is tegen het effectieve CFA-tarief. De risicoreserve blijft alsdan in stand. Voor een dergelijke sanctie is evenwel geen rechtsgrond aanwezig. Mocht de staatssecretaris door middel van goedkeurend beleid deze sanctie in de plaats stellen van de sanctie waarbij de reserve verplicht beëindigd wordt, dan behoeft het ontbreken van een rechtsgrond voor de beperking van de renteaftrek bij het concernlichaam geen bezwaar te zijn.

3.4.12 Voorwaarde VIII: Aantasting grondslag

Art. 15b, achtste lid, onderdeel d, Wet Vpb. 1969, bevat een algemene en ruime formulering om zeker te stellen dat het gebruik van de concernfinancieringsfaciliteit er niet direct of indirect toe leidt dat de Nederlandse heffingsgrondslag in enigszins belangrijke mate wordt aangetast. Onderdeel d is zo ruim geformuleerd dat ook de hiervoor beschreven misbruiksituatie bij onderdeel c er onder valt. Onderdeel c – en daarmee ook de op onderdeel c gebaseerde voorwaarde – lijkt derhalve overbodig. Bij de term ‘enigszins belangrijke mate’ is het percentage van 15% genoemd.¹⁴⁰ Faber en Lambooy merken op dat de zinsnede ‘in enigszins belangrijke mate’ in dit verband geen strikt financieel criterium geeft.¹⁴¹ ‘Immers het basisconcept van het CFA-regime is dat er een reserve wordt gevormd ten laste van de fiscale winst, maar dat bij het lijden van verliezen waarvoor de reserve wordt gevormd er een belaste vrijval tegen 35% heffing plaatsvindt.’ Faber en Lambooy gaan hierbij evenwel voorbij aan het feit dat de belastingclaim op de risicoreserve effectief vrijwel nimmer 35% bedraagt. Ingevolge het vijfde lid kan de risicoreserve onder bepaalde omstandigheden onbelast vrijvallen, als gevolg waarvan de effectieve heffing beperkt kan blijven tot 7%. Een vrijwillige beëindiging volgens het zesde lid, brengt de totale belastingdruk op slechts 15%. Dankzij de beperkte belastingclaim op de risicoreserve leidt een eenvoudige rentebetaling van een Nederlands concernlichaam aan het CFA-lichaam in beginsel tot een aantasting van de belastinggrondslag. Naar mijn mening dient de zinsnede ‘in enigszins belangrijke mate’ wel als een financieel criterium te worden opgevat. Te meer daar in de toelichting is opgemerkt dat dit begrip 15% betekent.

139. Zie S.E. Faber en M.V. Lambooy, De modelbeschikking concernfinancieringsmaatschappij lust of last?, Weekblad 1997, blz 1583.

140. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz 38 en TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 47.

141. S.E. Faber en M.V. Lambooy, De modelbeschikking concernfinancieringsmaatschappij. lust of last?, Weekblad 1997, blz 1583

3.4.12.1 Aantasting Nederlandse grondslag (voorwaarde VIII.1)

Voorwaarde VIII.1 kent nagenoeg dezelfde bewoording als art. 15b, achtste lid, onderdeel d, en ziet derhalve op de voorkoming van erosie van de belastinggrondslag.¹⁴² Volgens de toelichting valt hierbij te denken aan *constructies* waarbij kosten ten laste van de in Nederland belastbare winst worden gebracht die bij het CFA-lichaam tot de concernfinancieringswinst behoren en aan de reserve worden gedoteerd.¹⁴³ Als voorbeeld wordt gegeven de situatie dat het CFA-lichaam aan een buitenlandse werkmaatschappij een lening verstrekt waarmee dit lichaam bedrijfsmiddelen van Nederlandse verbonden lichamen koopt en vervolgens deze bedrijfsmiddelen terug verhuurt aan het Nederlands verbonden lichaam.¹⁴⁴ Bij laatstgenoemd lichaam is de huurprijs volledig aftrekbaar van de Nederlandse winst, terwijl de ontvangen rentebaten bij het CFA-lichaam voor 80% aan de risicoreserve worden gedoteerd. Aangezien deze ruim geformuleerde voorwaarde lijkt te zien op *constructies*, zal de veel voorkomende situatie dat een Nederlands verbonden lichaam rentebetalingen verricht aan het CFA-lichaam niet door deze voorwaarde worden getroffen.

3.4.12.2 Verlaging in Nederland belastbare winst (voorwaarde VIII.2)

Het in het vorige onderdeel besproken voorbeeld uit de parlementaire toelichting is in meer algemene bewoording vastgelegd in voorwaarde VIII.2. Buitenlandse concernlichamen mogen de door het CFA-lichaam aan hen verstrekte leningen niet in meer dan enigszins belangrijke mate (15%) direct of indirect aanwenden voor de financiering van:

- a. bedrijfsmiddelen die ter beschikking worden gesteld aan,
- b. goederen die worden geleverd aan, of
- c. diensten die worden verricht voor,

verbonden lichamen, voorzover (lees: indien) die aanwending leidt tot een verlaging van de in Nederland belastbare winst. Indien zulks toch geschiedt, worden deze leningen geacht te zijn verstrekt aan Nederlandse concernlichamen. Dit heeft dan weer gevolgen voor de vermogenstoets van art. 15b, tweede lid, onderdeel a, die

142 Opvallend is dat de wettekst spreekt van een aantasting van 'in enigszins belangrijke mate', terwijl voorwaarde VIII.1 de woorden 'in meer dan enigszins belangrijke mate' bezigt. Een mateneel verschil lijkt daarmee niet beoogd.

143. Ter zake van een door het CFA-lichaam verstrekte lening zijn de rentebaten bij het CFA-lichaam belast tegen 10% (druk inclusief latencies; zie het Rapport van de Werkgroep fiscale infrastructuur, bijlage bij de Memorie van toelichting, blz. 21/64). Indien de lening gebruikt wordt om door middel van een (gekunstelde) constructie een aftrekbare last in Nederland te creëren tegen een tarief van meer dan $1,15 \times 10\%$, ofwel 11,5%, treedt de voorwaarde in werking. Als gevolg hiervan zal de risicoreserve verplicht worden beëindigd en aan de winst worden toegevoegd.

144 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 38

inhoudt dat het financieringsvermogen voor niet meer dan 10% betrekking mag hebben op financieringsactiviteiten ten behoeve van Nederlandse concernlichamen.¹⁴⁵

De vraag rijst in hoeverre voorwaarde VIII.2 (mede) een nadere uitwerking is van de vermogenstoets van art. 15b, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969. Voor de vermogenstoets worden indirecte financieringsactiviteiten ten behoeve van Nederlandse concernlichamen, namelijk aangemerkt als in Nederland werkzaam financieringsvermogen. Van de in voorwaarde VIII.2 genoemde situaties, kwalificeert uitsluitend de financiering van bedrijfsmiddelen die ter beschikking worden gesteld aan Nederlandse concernlichamen, als indirecte financieringsactiviteit. De financiering van goederen en diensten die worden geleverd aan dan wel verricht voor Nederlandse concernlichamen, betreft geen indirecte financieringsactiviteit. De levering van goederen of het verrichten van diensten kwalificeert immers in zijn algemeenheid niet als financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a.¹⁴⁶ In dit opzicht lijkt voorwaarde VIII.2 geen nadere uitwerking van de vermogenstoets. Bovendien spoort de sanctie van voorwaarde VIII.2 niet met het bepaalde in art. 15b, tweede lid, onderdeel a. Voor de toepassing van de vermogenstoets wordt de indirecte financieringsactiviteit ten behoeve van Nederlandse concernlichamen volledig geacht betrekking te hebben op de financiering van Nederlandse concernlichamen. Daarentegen houdt de sanctie van voorwaarde XIII.2 naar mijn mening in dat slechts indien en voorzover het buitenlandse concernlichaam de lening van het CFA-lichaam voor meer dan 15% aanwendt ten behoeve van Nederlandse concernlichamen, de lening geacht wordt te zijn verstrekt aan de Nederlandse concernlichamen. Ook in dit opzicht lijkt voorwaarde VIII.2 geen uitwerking van de vermogenstoets. Voorwaarde VIII.2 is een concretisering van het bepaalde in art. 15b, achtste lid, onderdeel d, en kan enige samenhang vertonen met de vermogenstoets. In geval van een indirecte financieringsactiviteit kan zowel de sanctie van voorwaarde VIII.2 toepassing vinden, als het bepaalde in art. 15b, tweede lid, onderdeel a. Onduidelijk is welke sanctie dan van toepassing is. Gezien de duidelijke bewoording van de tekst van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, lijkt in geval van een indirecte financieringsactiviteit ten behoeve van Nederlandse concernlichamen de *volledige* financiering van het buitenlandse concernlichaam betrekking te hebben op de financiering van Nederlandse concernlichamen. De minder verstrekkende sanctie van voorwaarde VIII.2 vindt alsdan geen toepassing.

Voor de 15%-toets van voorwaarde VIII.2 lijkt de gezamenlijke methode te moeten worden toegepast. Dat wil zeggen dat de aan buitenlandse concernlichamen verstrekte leningen gezamenlijk beoordeeld dienen te worden. Overigens is het criterium van 15% volstrekt arbitrair. Deze 15%-toets staat los van voorwaarde VIII.1,

¹⁴⁵ Zie § 3.2

¹⁴⁶ Het verrichten van financieel administratieve diensten kan wel aangemerkt worden als een financieringsactiviteit. Zie § 4.2.6.

inhoudende dat de Nederlandse belastinggrondslag niet meer dan 15% mag worden aangetast Een voorbeeld ter illustratie

Voorbeeld

Een CFA-lichaam verstrekt een lening van 100 aan een Japanse werkmaatschappij en een lening van 100 aan een Duits concernlichaam Tezamen mogen de leningen voor niet meer dan 30 worden aangewend in Nederland Indien bijvoorbeeld 50 wordt aangewend in Nederland zal het meerdere, te weten 20, geacht worden een lening te zijn verstrekt aan het Nederlandse concernlichaam Dit heeft dan weer gevolgen voor de vermogenstoets van art 15b, tweede lid, onderdeel a

Voorwaarde VIII 1 stelt de eis dat het gebruik van de concernfinancieringsregeling de belastinggrondslag niet voor 15% of meer mag aantasten Voorwaarde VIII 2 stelt dat de financiële middelen door de buitenlandse concernlichamen niet voor 15% of meer ten behoeve van Nederlandse concernlichamen aangewend mogen worden, indien deze aanwending leidt tot een verlaging van de in Nederland belastbare winst Aan laatstgenoemd criterium zal veelal zijn voldaan ingeval de door het CFA-lichaam verstrekte geldlening deels ten behoeve van de Nederlandse concernlichamen wordt aangewend Een aanwending in Nederland – al dan niet voor meer dan 15% – zal veelal ook de Nederlandse belastinggrondslag meer dan in enigszins belangrijke mate aantasten (voorwaarde VIII 1)

Voorbeeld

CFA-lichaam X verstrekt een lening van 1000 aan een buitenlands lichaam Y Y schaft een machine aan die na enige aanpassingen aan een Nederlands concernlichaam Z wordt verkocht voor 1200 Ter zake van deze aanwending treedt de sanctie van voorwaarde VIII 2 in werking Dat wil zeggen dat de lening (deels) geacht wordt te zijn verstrekt aan Z Stel dat X jaarlijks 100 aan rente ontvangt Na reservering bedraagt de belastinggrondslag 20 Z zal de machine gedurende een periode van tien jaar afschrijven Z zal jaarlijks 120 ten laste van zijn Nederlandse winst brengen De Nederlandse belastinggrondslag is dus voor meer dan 15% aangetast Ook aan voorwaarde VIII 1 is niet voldaan

De volgorde waarin voorwaarden VIII 1 en VIII 2 moeten worden toegepast is gezien het verschil in sanctie van belang Stel dat eerst voorwaarde VIII 1 wordt getoetst Overtreding van voorwaarde VIII 1 leidt tot verplichte beëindiging van de risicoreserve De sanctie op grond van voorwaarde VIII 2 heeft dan geen enkele betekenis meer Stel dat voorwaarde VIII 2 eerst wordt getoetst Overtreding van deze voorwaarde leidt tot de veronderstelling dat de lening direct is verstrekt aan het Neder-

landse concernlichaam.¹⁴⁷ Uitgaande van die veronderstelling kan niet meer van een constructie worden gesproken om de Nederlandse winst af te romen. Aangezien voorwaarde VIII.1 volgens de toelichting ziet op constructies, lijkt de sanctie van voorwaarde VIII.1 – verplichte beëindiging risicoreserve – alsdan niet in werking te treden.

3.4.13 Voorwaarde IX: Buitenlandse bronheffingen

De in art. 15b, achtste lid, onderdeel e, wet Vpb. 1969, opgenomen regeling houdt in dat buitenlandse bronbelasting op de gebruikelijke wijze wordt verrekend. Het onverrekende deel van de bronbelasting kan echter niet naar een volgend jaar worden doorgeschoven. Dit doorschuifverbod is vertaald in voorwaarde IX.1.

3.4.13.1 Doorschuifverbod (voorwaarde IX.1)

Verrekening van bronbelasting over rente- of royaltybetalingen vindt ingevolge voorwaarde IX.1 slechts plaats in het jaar waarin deze belastingen zijn geheven. Om te voorkomen dat een grote potentie aan verrekening wordt opgebouwd, kan het onverrekende deel van de bronbelasting, in afwijking van de geldende systematiek, niet naar een volgend jaar worden doorgeschoven.¹⁴⁸ Deze beperking is mede ingegeven door praktische en budgettaire overwegingen.¹⁴⁹ Wel kan het CFA-lichaam er voor kiezen minder aan de risicoreserve te doteren zodat de bronheffing volledig kan worden verrekend. Een lagere dotatie aan de risicoreserve heeft als gevolg dat de belastingclaim op de reserve navenant lager is.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X ontvangt van een buitenlands concernlichaam een rentebate van 100 onder inhouding van 10% bronbelasting. nadat X 80% van de concernfinancieringswinst heeft gedoteerd aan de risicoreserve resteert een belastbare winst van 20. De verschuldigde vennootschapsbelasting bedraagt 7. In beginsel komt van de bronbelasting een bedrag van 10 $- / - 7 = 3$ niet voor verrekening in aanmerking.¹⁵⁰ X kan er voor kiezen in plaats van 80 een bedrag van 71 te reserveren. Over de belastbare winst van 29 is 10 aan vennootschapsbelasting verschuldigd. De bronbelasting van 10 kan volledig worden verrekend.

147. Strikt genomen leidt overtreding van een voorwaarde tot de sanctie van het zevende lid. Voorwaarde VIII 2 kent evenwel haar eigen sanctie. Een dergelijke, minder verstrekkende sanctie staat in de weg aan toepassing van de sanctie van het zevende lid.

148. Gezien de coulante houding van het Ministerie ten aanzien van de definitie van de noemer van de verrekeningsbreuk zullen zich in de praktijk nauwelijks gevallen voordoen waarbij buitenlandse bronbelasting onverrekend blijft als gevolg van het doorschuifverbod. Zie § 3.4.13.2

149. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 33

150. Verwezen wordt naar het andersluidende standpunt van het Ministerie ten aanzien van de verrekeningsbreuk, zoals behandeld in § 3.4.13.2

Een probleem doet zich voor ingeval winstneming bij het CFA-lichaam over de rentebate in een eerder jaar plaatsvindt dan de daadwerkelijke uitbetaling van de rente. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat in die situatie verrekening plaats dient te vinden met de belasting over het jaar waarin het inkomen is begrepen waarop die bronbelasting betrekking heeft.¹⁵¹ Daarentegen is in voorwaarde IX.1 bepaalt dat buitenlandse bronheffing voor verrekening in aanmerking komt in het jaar waarin de bronbelasting is geheven. Deze laatste handelwijze kan er toe leiden dat buitenlandse inkomsten op grond van goed koopmansgebruik in een eerder jaar tot de winst worden gerekend dan het jaar waarin volgens de modelbeschikking verrekening mogelijk is. Bij gebrek aan buitenlandse inkomsten bedraagt de teller van de verrekeningsbreuk alsdan nihil. Een verrekening van de bronheffing is in het betreffende jaar niet mogelijk. Dit knelt te meer nu het onverrekenende deel van de bronbelasting niet naar een volgend jaar kan worden doorgeschoven. Een handelwijze conform de uitleg tijdens de parlementaire behandeling voorkomt het achterwege blijven van verrekening.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X ontvangt van een buitenlands concernlichaam een rentebate van 100 over het jaar 2000. De rente is begin 2001 ontvangen onder inhouding van 10 aan bronbelasting. Ingevolge goed koopmansgebruik dient X in 2000 100 tot haar winst te rekenen. Volgens de uitleg tijdens de parlementaire behandeling kan de bronheffing in 2000 worden verrekend. Volgens de modelbeschikking kan de bronbelasting eerst in 2001 worden verrekend. In 2001 is over de rentebate van 100 evenwel geen vennootschapsbelasting verschuldigd waarmee de bronheffing kan worden verrekend.

Voorwaarde IX ziet uitsluitend op bronheffingen op rente- of royaltyinkomsten uit financieringsactiviteiten.¹⁵² Daar het houden van deelnemingen, zelfs de participaties die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen, wetssystematisch niet tot de financieringsactiviteiten behoort, is de uitsluiting van dividendbaten niet onlogisch. Dividendbaten kunnen immers niet tot de concernfinancieringswinst behoren.¹⁵³

151 TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 33.

152. Verschillende landen heffen op grond van een ruime definitie van het begrip royalty in art. OESO-modelverdrag een bronbelasting op lease-termijnen. Deze bronheffing is onder een belastingverdrag of het Bvdb 1989 veelal verrekenbaar.

153. Zie § 4.2.4.2.

3.4.13.2 Voorkomingsbreuk (voorwaarde IX.2)

Buitenlandse bronbelasting op renten en royalty's kan doorgaans worden verrekend met de in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting over deze inkomsten.¹⁵⁴ In de meeste verdragen en het Bvdb 1989 is bepaald dat de verrekening niet meer bedraagt dan de uitkomst van de volgende breuk:

$$\frac{\text{buitenlandse rente en royalty}}{\text{winst}}^{155} \times \text{belastingbedrag.}$$

De teller van deze formule bestaat uit de buitenlandse renten en royalty's waar bronbelasting op is ingehouden. De vraag doet zich nu voor in hoeverre in de teller rekening moet worden gehouden met de dotatie aan de risicoreserve. Om te voorkomen dat volgens de breuk meer wordt vrijgesteld dan wordt belast, dient het buitenlands inkomen in de teller voor een zelfde bedrag te worden begrepen als waarvoor het in de noemer voorkomt.¹⁵⁶

De noemer wordt ingevolge voorwaarde IX.2 gesteld op de belastbare winst na dotatie en belaste onttrekkingen aan de reserve. Volgens de wetssystematiek wordt reeds bij de bepaling van de winst de risicoreserve in acht genomen. De dotaties en onttrekkingen hebben als gevolg daarvan reeds hun invloed op de belastbare winst. Voorwaarde IX.2 voegt daar verder niets aan toe.

De buitenlandse inkomsten worden in de noemer dus gesteld op het bedrag na dotatie aan de reserve. Het ligt derhalve voor de hand dat in de teller een zelfde bedrag wordt begrepen. Uit overleg tussen het Ministerie van Financiën en de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs is echter gebleken dat in de teller geen rekening behoeft te worden gehouden met de dotaties aan de risicoreserve.¹⁵⁷ Dit zou een aanmerkelijke verruiming van de mogelijkheid tot verrekening betekenen. Nu met name over de bepaling van de teller onduidelijkheid bestaat is het wenselijk juist hiervan een definitie in voorwaarde IX.2 op te nemen.

154. Art. 4 Bvdb 1989 beperkt de werking van de verrekeningsmogelijkheid tot binnenlandse belastingplichtigen. Dit betekent dat voor een Nederlandse vaste inrichting van een buitenlands lichaam in beginsel geen recht bestaat op verrekening van buitenlandse bronbelasting. Op basis van non-discriminatie-regels in de belastingverdragen zal een vaste inrichting veelal niet ongunstiger worden behandeld.

155. De terminologie van het Bvdb 1989 beruht op begrippen uit de inkomstenbelasting. De noemer van de verrekeningsbreuk bestaat in beginsel uit het onzuiver inkomen. In de systematiek van de Wet Vpb 1969 neemt het begrip 'winst' dezelfde plaats in als het begrip 'onzuiver inkomen' in de Wet IB 1964. Zie o.a. A.H. Boekhoudt, *De eenzijdige regeling*, Fiscale monografie nr. 31, Kluwer Deventer, 2000, blz. 159, en T. Bender, *De noemer van de verminderingsbreuk in het Besluit voorkoming dubbele belasting en in de Nederlandse belastingverdragen*, Gielebundel, Kluwer Deventer, 1990.

156. Zie ook X.G.R. Auerbach, *Vorm geven aan de vrijstellingsmethode*, Weekblad 1991, blz. 976.

157. Zie ook M.L.B. van der Lande, *Risicoreserve*, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 67.

Het belastingbedrag bedraagt de verschuldigde vennootschapsbelasting van het CFA-lichaam, ongeacht de herkomst van de winst. Zowel de vennootschapsbelasting verschuldigd over de concernfinancieringswinst als de te betalen vennootschapsbelasting over normaal belaste winst zijn hieronder begrepen

Voorbeeld.

CFA-lichaam X genereert in 1998 de volgende inkomsten

– rente van buitenlandse concernlichamen (bronheffing 10%)	90
– inkomsten overnamekas	10
– overig inkomen	120
	—
– totale winst	220
– dotatie aan risicoreserve	-/- 80
	—
– belastbare winst	140

Verschuldigde vennootschapsbelasting (35%)	49
--	----

De rente-inkomsten van 90 zijn onderworpen aan 10% bronbelasting. Deze buitenlandse bronheffing van 9 kan worden verrekend met de in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting over deze inkomsten, mits de verrekening niet meer bedraagt dan de uitkomst van de verrekeningsbreuk. Volgens het Ministerie bedraagt de breuk $90/140 \cdot 49 = 31,5$. Het gehele bedrag van de bronheffing kan worden verrekend

Indien zowel in de teller als in de noemer het buitenlandse inkomen op hetzelfde bedrag na dotatie wordt gesteld, is de breuk als volgt $(90-72)/140 \cdot 49 = 6,3$. Dit bedrag is de feitelijk verschuldigde vennootschapsbelasting over de concernfinancieringswinst (35% van 18). Ofschoon de direct verschuldigde vennootschapsbelasting over de concernfinancieringswinst slechts 6,3 bedraagt, kan volgens de uitleg van het Ministerie van Financien toch een bronbelasting van 9 worden verrekend. Dit betekent dat een bedrag van 2,7 wordt verrekend met de belasting over de overige inkomsten waarop geen buitenlandse bronheffing drukt.

3 4 13 3 Gezamenlijke methode (voorwaarde IX 3)

Ingevolge de slotzin van het achtste lid kan in verdragsituaties op verzoek de verrekening van bronbelastingen over inkomsten uit financieringsactiviteiten volgens de gezamenlijke methode worden toegepast. De verrekening is dan niet beperkt tot de vennootschapsbelasting die is verschuldigd over het inkomen waarop de buitenlandse bronbelasting is ingehouden. Deze tegemoetkoming is verwoord in voorwaarde IX 3. Dit betekent dat een CFA-lichaam bijvoorbeeld rentebaten genoten van een Duits concernlichaam gezamenlijk met royalty-inkomsten van een Frans concernli-

chaam kan verrekenen.¹⁵⁸ Voorwaarde IX.3 houdt geen uitbreiding in van de verrekeningsmogelijkheden. De belasting dient op grond van een verdrag of het Bvdb 1989 voor verrekening in aanmerking te komen.¹⁵⁹ Bronheffingen op inkomsten uit niet-verdragslanden zijn bijvoorbeeld slechts verrekenbaar volgens de gezamenlijke methode als het Bvdb 1989 verrekening toestaat. Dit is ingevolge art. 4 slechts mogelijk als het inkomen afkomstig is uit een ontwikkelingsland. Het verzoek tot verrekening volgens de gezamenlijke methode moet worden gedaan bij de aangifte over het jaar waarop het verzoek betrekking heeft. De keuze bindt maar voor één jaar.

Tijdens de parlementaire behandeling is een voorbeeld gegeven van een situatie waarin geopteerd is voor de gezamenlijke methode.¹⁶⁰

Voorbeeld:

Een CFA-lichaam genereert de volgende baten:

- 2000 buitenlandse intercompany interest, waarop 10% bronbelasting drukt,
- 7000 buitenlandse intercompany interest, waarop geen bronbelasting drukt, en
- 1000 rentebate uit overnamekas.

Bij toepassing van de gezamenlijke methode blijven bij het bepalen van het bedrag waarvoor verrekening wordt gegeven, de buitenlandse inkomsten waarop geen buitenlandse bronbelasting drukt buiten aanmerking. Volgens de staatssecretaris zal desalniettemin, gelet op art. 5 Bvdb 1989, de bronbelasting ad 200 000 volledig kunnen worden verrekend. Deze opmerking van de staatssecretaris suggereert dat de onderworpenheidseis (aan buitenlandse bronbelasting) voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling niet geldt.¹⁶¹ Voor de toepassing van de gezamenlijke methode lijken mitsdien ook buitenlandse inkomsten waarop geen bronbelasting is ingehouden, in aanmerking te worden genomen. Een buitenlandse bronheffing kan alsdan worden verrekend met de Nederlandse belasting over financieringsinkomsten waarop geen buitenlandse bronbelasting drukt.

Een buitenwerkingstelling van de onderworpenheidseis is niet noodzakelijk indien conform de visie van het Ministerie van Financiën in de teller geen rekening behoeft te worden gehouden met de dotatie aan de risicoreserve.¹⁶² De uitkomst van de verrekeningsbreuk bedraagt volgens deze zienswijze $2\,000\,000 / 2\,000\,000 \cdot 700\,000 =$

158. Voor niet-verdragslanden is de gezamenlijke methode reeds vanaf 1958 van toepassing op grond van de eenzijdige regeling. Met ingang van 1 januari 1999 kan de gezamenlijke methode in zijn algemeenheid ook toegepast worden in het kader van verrekening van bronheffingen krachtens een verdrag of de BRK. Zie Besluit staatssecretaris van Financiën 20 juli 2000, nr. IFZ 2000-766M, BNB 2000/308

159 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 38

160. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 32

161 Zie ook A.H. Boekhoudt, De eenzijdige regeling, Fiscale monografie nr. 31, Kluwer Deventer, 2000, blz. 277

162 Zie § 3.4.13.2.

700 000. Het gehele bedrag van de bronheffing ad 200 000 kan worden verrekend.¹⁶³ Gezien deze tegemoetkoming van het Ministerie is een buitenwerkingstelling van de onderworpenheidseis niet noodzakelijk om tot een volledige verrekening te komen. Het is mitsdien onduidelijk of de opmerking van de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling uitgelegd moet worden als een buitenwerkingstelling van de onderworpenheidseis.

163. Indien zowel in de teller als in de noemer het buitenlandse inkomen op hetzelfde bedrag na dotatie wordt gesteld, luidt de breuk als volgt $400\,000/2\,000\,000 \times 700\,000 = 140\,000$. De bronbelasting kan dan slechts voor een bedrag van 140 000 worden verrekend.

4.1 INLEIDING

De risicoreserve beoogt tegemoet te komen aan de specifieke risico's die verbonden zijn aan het internationaal opereren van in Nederland gevestigde ondernemingen die in meerdere landen actief zijn en de daarmee samenhangende financieringsrisico's.¹ In art. 15b, eerste lid, Wet Vpb. 1969 zijn de risico's opgesomd ter zake waarvan de risicoreserve wordt gevormd, namelijk de risico's welke verband houden met de volgende activiteiten:

- a. financieringsactiviteiten door het CFA-lichaam ten behoeve van concernlichamen,
- b. het houden van deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb. 1969 door het concern (de zogenoemde kwalificerende deelnemingen),
- c. het drijven van een ondernemingen door het concern met behulp van een vaste inrichting buiten Nederland.

De omvang van de risicoreserve wordt niet afgemeten aan de daadwerkelijke risico's die worden gelopen. De grootte van de reserve wordt bepaald door de omvang van de gerealiseerde financieringswinst en de opbrengst van de overnamekas. Verliezen ter zake van de onder a t/m c genoemde activiteiten worden ingevolge het vierde lid verplicht aan de risicoreserve onttrokken, mits de verliezen ten laste van de in Nederland belastbare winst komen. Ter zake van de laatste twee categorieën van activiteiten wordt de reserve niet alleen gevormd voor risico's die door het CFA-lichaam worden gelopen, maar ook voor verliezen die door concernlichamen worden geleden. Lijdt het CFA-lichaam of een ander Nederlands concernlichaam een verlies ter zake van voornoemde activiteiten, bijvoorbeeld een liquidatieverlies op een deelneming, dan dient een bedrag ter grootte van dit verlies aan de risicoreserve onttrokken te worden en aan de normaal belaste winst van het CFA-lichaam te worden toegevoegd. De toevoeging aan de winst bij het CFA-lichaam compenseert het verlies dat bij het CFA-lichaam of het andere concernlichaam ten laste van de Nederlandse winst is gebracht. Bij de realisatie van het verlies is voor het concern het verlies per saldo niet aftrekbaar. In een eerder stadium is voor dit verlies reeds een bedrag ten

¹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 7

laste van de winst aan de risicoreserve gedoteerd In paragraaf 6.2 zijn de belaste onttrekkingen aan de risicoreserve uitvoerig behandeld

Men dient een onderscheid te maken tussen de risico's waarvoor de reserve wordt gevormd, en de financieringswinst welke aan de reserve kan worden gedoteerd Zo kan uitsluitend de winst behaald met financieringsactiviteiten aan de risicoreserve worden gedoteerd, indien en voorzover deze winst in Nederland belastbaar is Dit betreft in beginsel slechts winst behaald door het CFA lichaam De winsten die samenhangen met niet-financieringsactiviteiten kunnen niet worden gedoteerd aan de risicoreserve De belastbare winst behaald met het houden van deelnemingen kan mitsdien niet worden gereserveerd De winst uit een buitenlandse vaste inrichting kan evenmin worden gereserveerd In hoofdstuk 5 wordt uitvoerig ingegaan op de dotatiemogelijkheden aan de risicoreserve

In dit hoofdstuk is aandacht besteed aan de activiteiten ter zake waarvan voor de daarmee samenhangende risico's een risicoreserve wordt gevormd In § 4.2 zijn verschillende financieringsactiviteiten behandeld In § 4.3 en 4.4 komen de risico's aan de orde welke samenhangen met respectievelijk het houden van kwalificerende deelnemingen en het drijven van een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting

4.2 FINANCIERINGSACTIVITEITEN

4.2.1 Inleiding

Het begrip 'financieringsactiviteit' is een van de kernbegrippen in de regeling van art. 15b Een voorwaarde voor het vormen van de risicoreserve is dat het CFA-lichaam financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van in Nederland of in het buitenland gevestigde concernlichamen Voorts worden ingevolge het vierde lid de verliezen uit financieringsactiviteiten van het CFA-lichaam onttrokken aan de risicoreserve Het begrip 'financieringsactiviteit' is tevens van belang voor de bepaling van de concernfinancieringswinst De winsten behaald met financieringsactiviteiten vormen een aanzienlijk deel van de concernfinancieringswinst die, ongeacht de reële risico's, gedoteerd kunnen worden aan de risicoreserve

In art. 15b, eerste lid, onderdeel a, is het begrip 'financieringsactiviteiten' gedefinieerd Onder financieringsactiviteiten worden verstaan

- a financieringsactiviteiten welke strekken ter financiering van bedrijfsmiddelen van concernlichamen,
- b financieringsactiviteiten welke strekken ter financiering van bedrijfsmatige activiteiten van concernlichamen,
- c financieringsactiviteiten welke strekken ter financiering van deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, binnen het concern,

d. het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen binnen het concern.

Financieringsactiviteiten die buiten het concern worden verricht en beleggingsactiviteiten, kwalificeren volgens de definitie van het eerste lid, onderdeel a, niet als financieringsactiviteit. De financieringsactiviteiten moeten ingevolge de wettekst ten behoeve van 'tot het concern behorende lichamen' worden verricht. Hieronder zijn tevens begrepen de activiteiten ten behoeve van binnenlandse of buitenlandse vaste inrichtingen van concernlichamen.²

De vraag rijst of zowel de verstrekking van eigen als vreemd vermogen als financieringsactiviteit kwalificeert. Ingevolge de systematiek van art. 15b Wet Vpb. 1969 zijn financieringsactiviteiten en het houden van deelnemingen twee afzonderlijke activiteiten. Laatstgenoemde activiteit ziet onder meer op het storten van kapitaal in een deelneming. Gezien deze systematiek kan een kapitaalstorting niet worden aangemerkt als een concernfinancieringsactiviteit.³ Verschaft het CFA-lichaam vreemd vermogen aan een concernvennootschap, dan kan sprake zijn van een financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969. Uiteraard dient de lening wel als zodanig te kwalificeren. Verstrekt het CFA-lichaam een lening onder dusdanige omstandigheden dat aanstonds duidelijk is dat aan de uit de lening voortvloeiende vordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toekomt omdat het ter leen verstrekte bedrag niet of niet ten volle door het concernlichaam zal kunnen worden terugbetaald, dan dient het ten titel van geldlening verstrekte vermogen aangemerkt te worden als een informele kapitaalinbreng door het CFA-lichaam in het betreffende concernlichaam.⁴ Financieringsactiviteiten binnen het CFA-lichaam zelf gelden volgens de staatssecretaris niet als financieringsactiviteit in de zin van het eerste lid, onderdeel a. Het lichaam als één entiteit kan immers niet van zichzelf lenen.⁵

De term 'financieringsactiviteiten' moet volgens de toelichting ruim worden opgevat.⁶ Naast de activiteiten zoals hiervoor genoemd omvat het ook de financieel administratieve dienstverlening en controllersactiviteiten die samenhangen met de concernfinancieringsactiviteiten. Deze uitbreiding van het begrip komt aan de orde in § 4.2.6. Financieringsactiviteiten verricht buiten het concern worden in beginsel niet als financieringsactiviteit aangemerkt. Dit laatste aspect is behandeld in § 4.2.9.

2. Analooq aan de zienswijze van de staatssecretaris ter zake van onbelaste onttrekkingen aan de risicoreserve TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 35. Zie § 6.3.2.3

3. Zie § 4.2.4.2

4. HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32. Voor een uitgebreide behandeling van BNB 1988/217 zij verwezen naar § 2.4.3.5

5. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 48.

Zie § 4.2.7

6. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30

In § 4.2.7 zijn enige financieringsactiviteiten tussen het hoofdhuis en de vaste inrichting van het CFA-lichaam aan de orde.

4.2.2 Financiering van bedrijfsmiddelen

De aan concernlichamen verstrekte financiering moet bedrijfsmatig worden aangewend. De financieringsactiviteiten van het CFA-lichaam ten behoeve van een concernlichaam moeten bijvoorbeeld strekken ter financiering van bedrijfsmiddelen. Er is sprake van financiering van een bedrijfsmiddel voorzover het ter beschikking gestelde vermogen tot uitdrukking komt in de bij het concernlichaam geactiveerde kostprijs van het bedrijfsmiddel. Met andere woorden, als het concernlichaam de financiering benut voor de investering in een bedrijfsmiddel. Het begrip 'investeren' is in de laatste volzin van art. 11, eerste lid, Wet IB 1964, omschreven als '... het aangaan van verplichtingen ter zake van de aanschaffing of de verbetering van een bedrijfsmiddel, zomede het maken van voortbrengingskosten te dier zake, voorzover die verplichtingen en kosten op de belastingplichtige drukken'.

Teneinde de aanwending te kunnen toetsen dient de inspecteur inzicht te hebben in de vraag waartoe de door het CFA-lichaam verstrekte leningen hebben gediend. In voorwaarde II.2 van de modelbeschikking is evenwel niet bepaald dat de belastingplichtige in aanvulling op de aangifte inzicht moet verschaffen in de wijze van aanwending van de verstrekte leningen.⁷

4.2.2.1 Begrip 'bedrijfsmiddel'

Het begrip 'bedrijfsmiddel' wordt in art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, op dezelfde wijze gebezigd als in art. 10 Wet IB 1964. Voor de uitleg van het begrip in het kader van de concernfinancieringsregeling kan mitsdien aansluiting worden gezocht bij de jurisprudentie ten aanzien van art. 10 Wet IB 1964.

Ingevolge art. 10 Wet IB 1964 omvat het begrip 'bedrijfsmiddel' de goederen welke voor het drijven van een onderneming worden gebruikt.⁸ De Hoge Raad verstaat in HR 11 maart 1953, BNB 1953/119, onder bedrijfsmiddelen de tot het bedrijfsvermogen behorende zaken (vanaf 1 januari 1992: goederen) welke – in tegenstelling

⁷ Zie § 3.4.6.2

⁸ Tot 1990 werd WIR-subsidie toegekend voor investeringen in bedrijfsmiddelen. De inhoud van het begrip bedrijfsmiddel heeft met name vorm gekregen in de jurisprudentie ten aanzien van de toepassing van de WIR

Voor een uitgebreide studie over het begrip bedrijfsmiddel verwijs ik naar J.J.H. Jacobs, Het bedrijfsmiddel; opstellen over ontwikkeling en functies van het begrip bedrijfsmiddel in Nederlandse belastingen naar de winst, Tjeenk Willink Groningen, 1974, en R. Russo, Vervangingsreserve, Fiscale monografie nr. 62, Kluwer Deventer, 1993, blz. 16-35.

tot de zaken die voor de omzet zijn bestemd – tot het vaste kapitaal behoren en bestemd zijn om voor uitoefening van het bedrijf te worden gebruikt. Hiertoe kunnen behoren materiële activa zoals onroerende zaken, auto's, machines, e.d., en immateriële activa zoals deelnemingen⁹, beleggingen¹⁰, octrooien, auteursrechten, goodwill¹¹, software¹², merk- en fabricagerechten,¹³ melkquota, patenten, licenties, vergunningen e.d. De financiering van dergelijke activa kwalificeert in beginsel als een financieringsactiviteit, mits de activa bij het concernlichaam zijn aan te merken als een bedrijfsmiddel.

Indien de betreffende activa door het concernlichaam worden verhuurd buiten concern, kwalificeert de geldverstrekking evenwel niet. Alsdan is immers sprake van een (indirecte) financieringsactiviteit buiten het concern.¹⁴

De economische eigendom van een goed is voldoende om het betreffende goed als een bedrijfsmiddel aan te merken. De economische eigendom berust bij degene die het risico van de waardeveranderingen en het eventuele tenietgaan van een goed ten volle draagt.¹⁵ De verkrijging van een bedrijfsmiddel krachtens huurkoop of financial lease betreft mitsdien een investering in een bedrijfsmiddel. Indien het volledige economische belang niet aanwezig is doordat het belang deels een derde aangaat, zoals bij huur, moet worden aangenomen dat geen sprake is van een bedrijfsmiddel.¹⁶

Van een bedrijfsmiddel is eveneens sprake in geval van een economisch goed. Hier van is sprake indien een huurder of pachter belangrijke investeringen verricht in de onroerende zaak, waardoor het gebruiksrecht een bijzondere waarde verkrijgt.¹⁷ Het waardevolle gebruiksrecht wordt als economisch goed aangemerkt.

Geactiveerde kosten moeten onderscheiden worden van een bedrijfsmiddel. Deze kosten betreffen een betaling die op meerdere jaren betrekking heeft, maar het kostenkarakter niet verloren heeft. Activering geschiedt slechts om de kosten aan de relevante jaren toe te delen.

9. HR 10 februari 1965, BNB 1965/81. Voor het financieren van deelnemingen zij verwezen naar § 4.2.4.

10. Hof Arnhem 8 juli 1966, BNB 1966/276 en HR 1 juli 1981, BNB 1981/318. De financiering van beleggingen kwalificeert ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel a, evenwel niet als financieringsactiviteit. Zie § 4.2.10.

11. HR 2 maart 1927, B 4020

12. HR 26 oktober 1994, BNB 1995/46.

13. HR 16 oktober 1991, BNB 1992/42

14. Zie § 4.2.9.

15. HR 24 december 1957, BNB 1958/84

16. Zie H.M.N. Schonis en J. Renes, Wet investeringsrekening, Gouda Quint, Arnhem, 1978, blz. 63.

Is geen sprake van de financiering van een bedrijfsmiddel, dan houdt de financiering mogelijk verband met de bedrijfsmatige activiteiten van het concernlichaam. De financiering ziet dan wellicht op kosten zoals salarissen en kosten van huisvesting (huur, gas, elektriciteit). Zie § 4.2.3.

17. HR 23 januari 1957, BNB 1957/68.

Een gebruiksrecht ter zake van een in de onderneming gebezigde zaak is in het algemeen geen bedrijfsmiddel. Indien voor een gebruiksrecht een periodieke vergoeding wordt betaald, kunnen dergelijke rechten niet worden geactiveerd. De vergoedingen die worden betaald voor het gebruiksrecht vormen een bedrijfslast in het jaar waarop de vergoeding betrekking heeft.¹⁸ Slechts ingeval een gebruiksrecht tegen een vergoeding ineens is verworven, verkrijgt het gebruiksrecht volgens de Hoge Raad het karakter van een bedrijfsmiddel.¹⁹

4 2 2 2 *Kostprijs bedrijfsmiddel*

Art 10, eerste lid, Wet IB 1964, stelt de historische kostprijs van een bedrijfsmiddel op de aanschaffings- en voortbrengingskosten. Als aanschaffingskosten van een bedrijfsmiddel worden aangemerkt de kosten welke een (concern)lichaam moet maken om een bedrijfsmiddel te verwerven. Daaronder vallen tevens alle onderhouds- en verbeteringskosten die bij de verwerving gemaakt worden om het bedrijfsmiddel bedrijfsklaar te maken.²⁰ Voorts wordt tot de aanschaffingskosten gerekend de heffing ingevolge de overdrachtsbelasting.²¹ Subsidies e.d. behoren niet tot de aanschaffings- of voortbrengingskosten.²²

Van voortbrengingskosten is sprake indien een bedrijfsmiddel in eigen bedrijf wordt vervaardigd.²³ Transport- en installatiekosten om een bedrijfsmiddel gereed te maken voor het ondernemingsproces in eigen beheer, worden eveneens tot de voortbrengingskosten gerekend.²⁴ Tot de voortbrengingskosten behoren behalve de directe kosten ook de constante algemene kosten van een zelfvervaardigd bedrijfsmiddel.²⁵

De verplichting uit hoofde van een geldlening, welke in verband met de verwerving of verbetering van een bedrijfsmiddel is aangegaan bij een bank of CFA-lichaam, kan niet worden aangemerkt als verplichting ter zake van de verwerving of verbetering van een bedrijfsmiddel.²⁶ De kosten samenhangende met deze verplichtingen maken mitsdien geen onderdeel uit van de aanschaffingskosten. Financieringskosten vormen bedrijfskosten die direct ten laste komen van het resultaat in het jaar waarin de kosten zijn gemaakt.

18 HR 27 juni 1990, BNB 1990/263

19 HR 26 oktober 1994, BNB 1995/46

20 HR 19 november 1958, BNB 1959/6

21 HR 30 oktober 1963, BNB 1964/2

22 HR 30 april 1947, B 8394

23 HR 20 maart 1957, BNB 1957/151

24 HR 16 november 1960, BNB 1961/4

25 HR 30 september 1964, BNB 1966/52

26 HR 23 januari 1985, BNB 1985/155

4.2 2 2 1 Kosten van verbetering

Van een verbetering is sprake als aan een bedrijfsmiddel wezenlijke veranderingen worden aangebracht, waardoor het naar inrichting, aard of omvang een wijziging ondergaat. Verbeteringskosten die bij de aanschaf van een bedrijfsmiddel worden gemaakt om het bedrijfsmiddel bedrijfsklaar te maken, vormen een onderdeel van de kostprijs. Kosten ter zake van de verbetering van een reeds eerder verworven bedrijfsmiddel, worden eveneens geactiveerd. Een CFA-lichaam kan ter zake van verbeteringskosten mitsdien een kwalificerende lening verstrekken.

Voornoemde verbeteringskosten moeten onderscheiden worden van de verbetering van een bedrijfsmiddel dat tot het concernfinancieringsvermogen van een CFA-lichaam behoort. Ter zake van laatstgenoemde verbeteringen is in voorwaarde III 2 van de modelbeschikking bepaald dat deze niet als financieringsactiviteit worden aangemerkt.²⁷ De verbeteringen die een concernlichaam aanbrengt, zijn niet ter zake van bedrijfsmiddelen die tot het concernfinancieringsvermogen behoren. Slechts de door het CFA-lichaam aan een concernlichaam verstrekte lening ter financiering van de verbetering van een bedrijfsmiddel, behoort tot het concernfinancieringsvermogen.

4.2 2 2 2 Kosten van onderhoud

Van onderhoudskosten is sprake als uitgaven worden gedaan voor de instandhouding van een bedrijfsmiddel. Onderhoudskosten komen ten laste van het resultaat in het jaar waarin het onderhoud wordt verricht en worden niet geactiveerd. Deze kosten behoren niet tot de aanschaffingskosten. Een CFA-lichaam kan ter zake van deze kosten geen kwalificerende CFA-lening verstrekken in het kader van de financiering van een bedrijfsmiddel. Voorzover deze kosten een bedrijfsmatig karakter hebben, kan wel een kwalificerende geldlening worden verstrekt in het kader van de financiering van bedrijfsmatige activiteiten.²⁸

Onderhoudskosten die bij de aanschaf van een bedrijfsmiddel worden gemaakt om het in een staat te brengen waarin het binnen het bedrijf gebruikt gaat worden, vormen een onderdeel van de te activeren aanschaffingsprijs.²⁹ Zij moeten derhalve op dezelfde wijze als aanschaffingskosten worden behandeld. Ter zake van deze kosten kan het CFA-lichaam een kwalificerende CFA-lening verstrekken aan het concernlichaam dat deze kosten draagt.

²⁷ Zie § 3 4 7 2

²⁸ Zie § 4 2 3

²⁹ HR 19 november 1958, BNB 1959/6

4.2.2.2.3 Desinvestering bedrijfsmiddel

Bij vervreemding van het bedrijfsmiddel kan geen sprake meer zijn van de financiering van een bedrijfsmiddel. De door het CFA-lichaam verstrekte lening kwalificeert vanaf het moment van de desinvestering niet meer als CFA-lening. Heeft het betreffende concernlichaam een voornemen tot vervanging van het gedesinvesteerde bedrijfsmiddel, dan zou dat mijns inziens niet behoeven te leiden tot een diskwalificatie van de CFA-lening. Aansluiting zou in dezen kunnen worden gezocht bij de regeling ingevolge art. 14 Wet IB 1964.

4.2.2.2.4 Kostprijs bedrijfsmiddel in relatie tot vervangingsreserve

De vraag rijst of op de aanschaffings- of voortbrengingskosten een aangewende vervangingsreserve in mindering moet worden gebracht. Een gevolg hiervan zou zijn dat het CFA-lichaam een geringer bedrag ter financiering kan verstrekken aan het betreffende concernlichaam. In het kader van de investeringsaftrek wordt een aangewende vervangingsreserve in beginsel in mindering gebracht op de investering.³⁰ De staatssecretaris heeft bij resolutie evenwel goedgekeurd dat voor de berekening van de investeringsaftrek als grondslag wordt genomen de kostprijs van het aangeschafte bedrijfsmiddel zonder dat deze is verminderd met een gevormde vervangingsreserve, mits bij de berekening van de desinvesteringsbetaling niet de boekwaarde maar de overdrachtsprijs als grondslag wordt genomen.³¹

In het kader van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, is de kostprijs van een bedrijfsmiddel slechts relevant voor de omvang van de door het CFA-lichaam te verstrekken financiering. De regeling van art. 15b vertoont geen enkele samenhang met de regeling van de vervangingsreserve zoals opgenomen in art. 14 Wet IB 1964. De met een vervangingsreserve verminderde kostprijs doet niet af aan de financieringsbehoefte van het concernlichaam ten bedrage van de aanschafprijs van het bedrijfsmiddel. Het CFA-lichaam kan mitsdien voor een bedrag gelijk aan de kostprijs van een bedrijfsmiddel een CFA-lening vertrekken aan het concernlichaam. Geen rekening behoeft te worden gehouden met de aanwending van een vervangingsreserve.

4.2.2.3 Tijdstip van investeren

Het tijdstip waarop een investering tot stand komt is ingevolge de laatste volzin van art. 11, eerste lid, Wet IB 1964, het moment waarop verplichtingen zijn aangegaan ter zake van de verwerving of de verbetering van een bedrijfsmiddel, dan wel het moment waarop voortbrengingskosten worden gemaakt. Onder verplichtingen ter zake van de aanschaf of verbetering van een bedrijfsmiddel worden verstaan ver-

³⁰ HR 24 december 1975, BNB 1976/51.

³¹ Resolutie staatssecretaris van Financien, 13 juni 1991, nr. DB91/3170, BNB 1991/217

plichtingen welke voortvloeien uit overeenkomsten waarbij de belastingplichtige zich tot betaling heeft verbonden wegens prestaties welke hij bij die overeenkomsten met betrekking tot de verwerving of de verbetering van een bedrijfsmiddel heeft bedongen.³² Zodra een concernlichaam een verplichting is aangegaan voor de aanschaf of verbetering van een bedrijfsmiddel is sprake van een investering ter zake waarvan het CFA-lichaam een kwalificerende geldlening kan verstrekken.

4.2.3 Financiering van bedrijfsmatige activiteiten

Is geen sprake van een financiering van een bedrijfsmiddel dan kan een geldverstrekking toch kwalificeren als financieringsactiviteit indien de bedrijfsmatige activiteiten van een concernlichaam worden gefinancierd. Hierbij kan gedacht worden aan de financiering van kosten die samenhangen met de bedrijfsactiviteiten, zoals salariskosten, kosten van huisvesting (huur, gas, water, elektriciteit, telecommunicatie), kantoorbenodigdheden, kosten van accountants en adviseurs, kosten computer-beheer, kosten van operational lease, reclamekosten en belastingen.

De vraag is wat onder het begrip 'bedrijfsmatige activiteiten' dient te worden verstaan. In de Wet Vpb. 1969 en tijdens de parlementaire behandeling is geen omschrijving gegeven van dit begrip. Naar ik meen is sprake van een bedrijfsmatige activiteit indien de activiteit in het kader van een onderneming wordt uitgevoerd. Beleggen en het beheren van beleggingen wordt in beginsel niet beschouwd als het uitoefenen van een bedrijfsmatige activiteit.³³ De financiering van dergelijke activiteiten kwalificeert niet als financieringsactiviteit. In art. 15b, eerste lid, onderdeel a, wordt expliciet, en in dit kader ten overvloede, opgemerkt dat de financiering van beleggingen niet als financieringsactiviteit kwalificeert.

Onder bedrijfsmatige activiteiten van een concernlichaam zijn onder meer te verstaan productie-, handels-, distributie- en verkoopactiviteiten. Projectontwikkelingsactiviteiten en exploitatie van onroerende zaken kunnen eveneens als bedrijfsmatige activiteiten worden aangemerkt. Ook het actieve verzekerings-, bank- en financieringsbedrijf kwalificeert in beginsel als bedrijfsactiviteit.³⁴ Binnen deze laatste werk-

32. HR 23 januari 1985, BNB 1985/155.

33. Binnen een verdragsrechtelijke context bezigt de staatssecretaris soortgelijke bewoordingen in Resolutie staatssecretaris van Financiën, 4 mei 1994, nr. IFZ94/122, V-N 1994, blz. 1564-1584. In deze resolutie is onder meer een toelichting gegeven op het begrip 'bedrijfsmatige activiteit' zoals gebruikt in art. 26, tweede lid, van het belastingverdrag tussen de Verenigde Staten en Nederland.

34. In TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 29, is opgemerkt dat 'een afzonderlijk lichaam voor de financieringsactiviteiten niet noodzakelijk is; ook andere activiteiten zoals houdsterhoofdkantooractiviteiten e.d. maar ook bedrijfsmatige activiteiten en beheer van kortlopende beleggingen kunnen naast de financieringsactiviteiten worden verricht'. Door de nevenschikking suggereert deze opmerking, mijns inziens ten onrechte, dat financierings-, houdster- en hoofdkantooractiviteiten niet als bedrijfsactiviteit kwalificeren →

zaamheden kunnen beleggingsactiviteiten bovendien bedrijfsmatig worden uitgeoefend. Voorts kunnen houdster- en hoofdkantooractiviteiten kwalificeren als bedrijfsactiviteit. Onder laatstgenoemde activiteiten zijn onder meer te verstaan de bestuurlijke activiteiten, het toezicht houden, de marketing en de interne communicatie.

De bedrijfsactiviteiten van het concernlichaam mogen geen betrekking hebben op financieringen buiten het concern.³⁵ Zou dit wel het geval zijn, dan zou de financiering van deze activiteiten door het CFA-lichaam indirect betrekking hebben op financiering buiten het concern, hetgeen niet in overeenstemming is met de strekking van de concernfinancieringsfaciliteit. Van indirecte, niet-kwalificerende financieringsactiviteiten buiten concern is bijvoorbeeld sprake ingeval een tot het concern behorende bank, financierings- of factoringmaatschappij wordt gefinancierd die debiteurenrisico's van niet tot het concern behorende lichamen overneemt.³⁶ Doordat een debiteurenrisico van buiten het concern wordt overgenomen, is indirect sprake van een financieringsactiviteit buiten het concern. Aldus wordt voorkomen dat ter zake van financieringsactiviteiten buiten het concern toch van de concernfinancieringsregeling gebruik kan worden gemaakt door het tussenschuiven van een concernlichaam.

Financiering buiten het concern is slechts mogelijk als het in beperkte mate gebeurt en nauw samenhangt met de normale bedrijfsuitoefening van het concern. De leningverstrekking aan concernlichamen ter financiering van door deze lichamen te verstrekken kredieten aan afnemers of toeleveranciers, kwalificeert mitsdien slechts als financieringsactiviteit indien het krediet geen langere periode beslaat dan drie maanden.³⁷ Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer merkt de staatssecretaris nog op dat de leningverstrekking aan concernlichamen ter financiering van afnemerskredieten slechts kwalificeert als deze activiteiten samenhangen met financieringsactiviteiten zelf.³⁸

4.2.4 Financiering deelnemingen

In art. 13, tweede lid, Wet Vpb. 1969 is het begrip 'deelneming' gedefinieerd. Om trent de vraag of een deelneming als een bedrijfsmiddel beschouwd kan worden, bestaat nauwelijks jurisprudentie. Het gebrek aan gerechtelijke uitspraken lijkt het gevolg te zijn van het feit dat effecten uitgesloten waren van WIR-premie en uitgesloten zijn van investeringsaftrek. De vraag of een deelneming als bedrijfsmiddel

Indien meerdere financieringsmaatschappijen binnen een concern voorkomen, zij verwezen naar § 3 4.9 3. en § 2 3 4.

³⁵ Zie § 4 2 9

³⁶ EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 11.

³⁷ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30

Zie § 4 2 9

³⁸ Zie § 4.2 6 8 Deze opmerking beperkt zich niet tot afnemerskredieten, maar lijkt tevens te gelden voor de financiering van door concernlichamen verstrekte kredieten aan toeleveranciers

kwalificeert was mitsdien veelal irrelevant. In HR 10 februari 1965, BNB 1965/81, heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of een deelneming als een bedrijfsmiddel is aan te merken. De Hoge Raad overweegt dat een meerderheidsbelang als een bedrijfsmiddel kan worden aangemerkt, mits het belang voor de uitoefening van het bedrijf wordt gebruikt. Onduidelijkheid blijft bestaan over de uitleg van deze overweging, onder meer over de vraag of een minderheidsdeelneming als bedrijfsmiddel kan kwalificeren. Daar in een deelnemingsverhouding, waaronder ook minderheidsdeelnemingen, in tegenstelling tot beleggingen, veelal een zakelijke betrekking bestaat tussen de eigen bedrijfsuitoefening en de bedrijfsactiviteit van het andere lichaam, lijkt een deelneming in zijn algemeenheid als bedrijfsmiddel te kunnen kwalificeren.³⁹ Hoe het ook zij, de wetgever sluit elke onduidelijkheid uit door in art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, te bepalen dat onder de financiering van bedrijfsmiddelen ook de financiering van deelnemingen is begrepen. De financiering van deelnemingen kwalificeert mitsdien als financieringsactiviteit. Hieronder is te verstaan het financieren van concernlichamen die de lening aanwenden voor een kapitaalstorting in of een verwerving van aandelen die tot een deelneming behoren in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin of art. 13, derde lid, Wet Vpb. 1969.

Bij vervreemding of liquidatie van een deelneming, kan geen sprake meer zijn van financiering van een deelneming. De door het CFA-lichaam verstrekte lening kwalificeert vanaf het moment van vervreemding of liquidatie niet meer als CFA-lening.

De vraag rijst of de leningverstrekking aan een concernlichaam kwalificeert als financieringsactiviteit indien de lening wordt aangewend ter verwerving van een reeds binnen concern aanwezige deelneming. Is het noodzakelijk dat de verwerving van de deelneming leidt tot een wezenlijke uitbreiding van het concern, of is een verhangning van een deelneming binnen concern ook toereikend? Tijdens de parlementaire behandeling is deze vraag niet aan de orde geweest. Wellicht kan een parallel worden getrokken met de situatie waarin eigen vermogen wordt verstrekt om een deelneming te verwerven. Een dergelijke financiering kan slechts tot een onbelaste afname van de risicoreserve leiden, indien sprake is van een wezenlijke uitbreiding van het concern. Willekeurige en herhaalbare verhangingen binnen concern leiden niet tot een onbelaste afname.⁴⁰ Een herhaalbare verhangning binnen concern zou immers tot een cumulatie van kapitaalverstrekkings leiden, welke onbelast in mindering komen op de risicoreserve. Doordat een dergelijke verhangning willekeurig herhaald kan worden, zou de omvang van de risicoreserve immer nihil kunnen zijn. In dit opzicht lijkt een herhaalbare verhangning van een deelneming welke wordt gefinancierd met een CFA-lening niet bezwaarlijk, aangezien geen cumulatie van kwalificerende leningverstrekkings kan optreden. Zodra een deelneming wordt verhangen, kwalificeert de door het CFA-lichaam verstrekte lening namelijk niet meer als CFA-lening. Daar-

39 Zie ook R. Russo, *Vervangingsreserve*, Fiscale monografie nr. 62, Kluwer Deventer, 1993, blz. 33.

40 Zie § 6.3.2.7.

entegen kan wel een cumulatie van een onbelaste onttrekking en een kwalificerende leningverstrekking optreden. Ter zake van de verwerving van een deelneming kan eerst onbelast een bedrag aan de risicoreserve worden onttrokken, waarna de deelneming binnen concern wordt overgedragen aan een ander concernlichaam dat daarvoor een kwalificerende geldlening aangaat bij het CFA-lichaam. Een vervreemding binnen concern leidt niet tot ongedaan making van de onbelaste onttrekking aan de risicoreserve.⁴¹ Een sluitend systeem kan worden bereikt door:

- a. te eisen dat een leningverstrekking voor de financiering van een deelneming slechts kwalificeert als financieringsactiviteit, voorzover die financiering leidt tot een wezenlijke uitbreiding van het concern, dan wel
- b. te eisen dat ter zake van een CFA-lening een wezenlijke uitbreiding slechts is vereist voorzover ter zake van de gefinancierde deelneming in de vijf voorafgaande jaren bedragen onbelast aan de risicoreserve zijn onttrokken.

Bij beide criteria lijkt zich geen cumulatie van een onbelaste onttrekking en een kwalificerende leningverstrekking te kunnen voordoen.⁴² Ingeval criterium b wordt gevolgd, kan de financiering van een binnen concern verhangen deelneming in beginsel kwalificeren als financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a. Slechts ingeval cumulatie optreedt met de onbelaste onttrekkingsmogelijkheid ingevolge art. 15b, vijfde lid, kwalificeert de financiering niet als CFA-lening. Daar uit de parlementaire geschiedenis of anderszins niet is gebleken dat de verwerving van een deelneming dient te leiden tot een wezenlijke uitbreiding van het concern, lijkt toepassing van criterium b voor de hand te liggen. Een wezenlijke uitbreiding is slechts vereist ingeval zich een cumulatie van faciliteiten dreigt voor te doen. Wellicht is zelfs pleitbaar dat deze voorwaarde in geen enkele situatie gesteld kan worden. Immers, noch uit de wettekst, noch uit de parlementaire behandeling blijkt dat de verwerving van een deelneming, welke is gefinancierd met een lening van het CFA-lichaam, dient te leiden tot een wezenlijke uitbreiding van het concern. Ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel a, kwalificeert een lening reeds als CFA-lening ingeval de lening strekt ter financiering van een deelneming.

Op grond van een grammaticale uitleg van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969 kan worden betoogd dat de financiering van participaties *niet* in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, toch kwalificeert als financieringsactiviteit indien de betreffende participatie als bedrijfsmiddel kan worden aangemerkt. Hierbij kan gedacht worden aan participaties die als belegging kwalificeren. Doordat de financiering van beleggingen ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb.

⁴¹ Zie § 3.4.9 10.

⁴² Een andere mogelijkheid om misbruik te voorkomen is door het vervreemdingsverbod zich uit te laten strekken over vervreemdingen binnen concern. Wordt een verworven deelneming, ter zake waarvan de risicoreserve onbelast is afgenomen, binnen vijf jaar binnen concern vervreemd, dan vindt een ongedaan making van de onbelaste onttrekking plaats. Alsdan kan geen cumulatie van faciliteiten plaatsvinden. Het lijkt evenwel niet wenselijk om uitsluitend voor deze situatie het vervreemdingsverbod in zijn algemeenheid zich uit te laten strekken over vervreemdingen binnen concern. Zie § 3.4.9 10.

1969 expliciet is uitgesloten van de omschrijving van het begrip 'financieringsactiviteiten', lijkt de betekenis van een dergelijke uitleg evenwel gering.

4.2.4.1 Begrip 'deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid'

De financiering van deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb. 1969, kwalificeert als financieringsactiviteit.

4.2.4.1.1 Deelneming in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin

In de eerste volzin van het tweede lid is bepaald dat als deelneming wordt aangemerkt:

- a. een belang van ten minste 5% in het nominaal gestort kapitaal van een vennootschap met een geheel of ten dele in aandelen verdeeld kapitaal (bijvoorbeeld een NV of BV),
- b. een belang van ten minste 5% van het aantal in omloop zijnde bewijzen van deelgerechtigdheid in een in Nederland gevestigd fonds voor gemene rekening,
- c. een lidmaatschap van een coöperatie of van een vereniging op coöperatieve grondslag.⁴³

De deelnemingsvrijstelling is tevens van toepassing op:

- d. een commanditaire deelname van ten minste 5% in het vermogen van een open commanditaire vennootschap dat toekomt aan de commanditair(en),⁴⁴
- e. een belang van ten minste 5% in een belastingplichtige vereniging of onderlinge waarborgmaatschappij, met toepassing van de hardheidsclausule van art. 63 AWR.⁴⁵

Strikt genomen zijn de belangen onder sub d en e geen deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin. Deze belangen worden evenwel op dezelfde wijze behandeld als de deelnemingen genoemd in art. 13, tweede lid, eerste volzin. Nu de deelnemingsvrijstelling voorts van toepassing is op de participaties onder sub d en e, is het billijk deze participaties voor de concernfinancieringsregeling op overeenkomstige wijze te behandelen als de deelnemingen genoemd in art. 13, tweede lid, eerste volzin. De financiering van een concernlichaam dat een belang verwerft als genoemd onder sub d en e, zal mitsdien als financieringsactiviteit kwalificeren.

⁴³ Voor een uitgebreide behandeling van de regeling van de deelnemingsvrijstelling verwijs ik naar D Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Fiscale brochures, FED Deventer, 1998, en J A G van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling*, Fiscale monografie nr 20, Kluwer Deventer, 1990

⁴⁴ Resolutie staatssecretaris van Financiën, 19 december 1991, nr DB91/6241, BNB 1992/55, en Mededeling staatssecretaris van Financiën, 21 juli 1994, nr DB94/2414M, V-N 1994, blz 3023-3024

⁴⁵ Mededeling staatssecretaris van Financiën, 7 juli 1992, nr DB92/3335, V-N 1992, blz 2428-2429

Participaties die als voorraad worden gehouden zijn uitgesloten van het deelnemingsbegrip. Deze uitzondering geldt zowel voor belangen in binnenlandse als buitenlandse lichamen. De uitsluiting van aandelen die als voorraad worden gehouden is opgenomen om de winst te kunnen belasten die financiële instellingen behalen met de handel in zogenoemde geldzak-BV's.⁴⁶ De Hoge Raad heeft op 23 februari 2000 een drietal arresten gewezen over het al dan niet als voorraad houden van aandelen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin, Wet Vpb. 1969. De Raad overweegt dat aandelen als voorraad worden gehouden indien de aandelen door belastingplichtige zijn bestemd voor de verkoop en behoren tot diens vlottende kapitaal, en betrekking hebben op vennootschappen welke geen onderneming in materiële zin (meer) drijven en welke geen activa hebben, of (nagenoeg) geen andere activa dan liquide middelen en/of bezittingen die onverwijld zonder noemenswaardig verlies in liquide middelen kunnen worden omgezet.⁴⁷ De uitzondering die in art. 13, tweede lid, eerste volzin, is opgenomen voor aandelen die als voorraad worden gehouden, betekent dat de financiering van dergelijke aandelen niet kwalificeert als financieringsactiviteit.

Ten aanzien van een belang van ten minste 5% in een niet in Nederland gevestigd lichaam is de deelnemingsvrijstelling niet van toepassing, indien aannemelijk is dat de aandelen als belegging worden gehouden. Deze regeling is opgenomen om te voorkomen dat effecten ondergebracht worden in een buitenlandse beleggingsmaatschappij, welke gevestigd is in een land dat voor zulke maatschappijen een gunstig fiscaal klimaat heeft geschapen.⁴⁸ Het onderscheid tussen deelneming en belegging is niet altijd duidelijk. Ik moge in deze beschouwing volstaan met een verwijzing naar het geruchtmakende holdingarrest van de Hoge Raad van 7 november 1973, BNB 1974/2 en de daarop volgende resolutie van de staatssecretaris van 15 oktober 1974, BNB 1975/11 en de vele beschouwingen in de doctrine dienaangaande.⁴⁹ Voornoemd vereiste dat een belang in een buitenlandse vennootschap niet als belegging mag worden aangehouden, geldt ingevolge art. 13g, Wet Vpb. 1969, niet voor belangen in vennootschappen die zijn gevestigd in een lidstaat van de Europese Unie.⁵⁰ Buitenlandse participaties die als belegging worden gehouden zijn op grond van art. 13, tweede lid, eerste volzin, uitgesloten van het deelnemingsbegrip. Dit betekent dat de financiering van dergelijke participaties niet kwalificeert als financieringsactivi-

46 Mededeling staatssecretaris van Financien, 3 oktober 1990, nr. DB90/3032, V-N 1990, blz. 3637-3638.

47 O.a. HR 23 februari 2000, BNB 2000/215

48 TK, vergaderjaar 1959-1960, nr. 6000, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 13 rk.

49 O.a. D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969*, Fiscale brochures, FED, Deventer, 1998, blz. 38 e.v. en J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling*, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer, Deventer, 1990, blz. 207 e.v.

50 De werkgroep 'Belastingen bedrijfsleven 21e eeuw' heeft op 25 juni 1999 een rapport aan staatssecretaris Vermeend en staatssecretaris Ybema aangeboden, waarin is voorgesteld art. 13g zodanig aan te passen dat ten aanzien van binnen de Europese Unie gevestigde passieve financieringsmaatschappijen welke als belegging worden aangemerkt, de deelnemingsvrijstelling geen toepassing meer vindt (Persbericht Ministerie van Financien, 25 juni 1999, nr. 99/141, V-N 1999, blz. 2669-2681)

teit In art 15b, eerste lid, onderdeel a, is dit nogmaals tot uitdrukking gebracht Het financieren van beleggingen wordt niet als financieringsactiviteit aangemerkt Ook de financiering van binnenlandse participaties die als belegging worden gehouden, kwalificeert mitsdien niet als financieringsactiviteit

In art 13, tweede lid, derde volzin, is bepaald dat een aandelenbezit in een buitenlandse financieringsmaatschappij als belegging wordt aangemerkt, tenzij aannemelijk is dat de werkzaamheden van het buitenlandse lichaam kunnen worden aangemerkt als actieve financieringswerkzaamheden Wordt enig aandelenbezit aangemerkt als een participatie in een passieve buitenlandse financieringsmaatschappij, dan zal ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel a, waarin beleggingen expliciet zijn uitgesloten als financieringsactiviteit, de financiering van een dergelijke participatie niet als financieringsactiviteit kwalificeren.

4 2 4 1 2 Niet-onderworpen deelnemingen

Door het buiten sluiten van de in de tweede volzin van art 13, tweede lid, bedoelde deelnemingen kwalificeert ook de financiering van participaties die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen omdat zij niet aan een belasting naar de winst zijn onderworpen Deze participaties zijn in het voorstel betrokken omdat het risico verbonden aan het houden van deze participaties niet verschilt van de risico's verbonden aan het houden van deelnemingen⁵¹

4 2 4 1.3 Deelnemingen in de zin van art 13, derde lid

Ingevolge de eerste volzin van art 13, derde lid, wordt onder een deelneming mede begrepen een daarmee verband houdend bezit aan winstbewijzen. Bezit men een deelneming in aandelen, dan zal het bezit van winstbewijzen in hetzelfde lichaam in beginsel tot toepassing van de deelnemingsvrijstelling leiden Voorzover de deelnemingsvrijstelling toepassing vindt ten aanzien van winstbewijzen, zal de financiering van dergelijke winstbewijzen als financieringsactiviteit kwalificeren

Art 13, derde lid, tweede volzin, bepaalt dat met een deelneming wordt gelijkgesteld een bezit dat minder bedraagt dan de in het tweede lid bedoelde 5%, indien

a het aanhouden van dat bezit in de lijn ligt van de normale uitoefening van de door de belastingplichtige gedreven onderneming, hetzij

b met het verwerven daarvan het algemeen belang gediend is geweest

Voornoemde regeling ten aanzien van de zogenoemde oneigenlijke deelneming is zowel van toepassing op Nederlandse als buitenlandse participaties van minder dan 5%

51 TK vergaderjaar 1995-1996 24 696, nr 3, Memorie van toelichting, blz 30

Voor de mogelijkheid genoemd onder a is een eerste vereiste dat belanghebbende een onderneming drijft. Er moet sprake zijn van een materiële onderneming. De fictie van art. 2, vijfde lid, Wet Vpb. 1969 is ontoereikend. Een tweede vereiste is dat het aanhouden van de aandelen in de lijn ligt met de bedrijfsuitoefening van belanghebbende. Dit wordt aangenomen indien een niet te ver verwijderd verband bestaat tussen het eigen bedrijf en dat van de vennootschap waarin men aandelen bezit.⁵² De Hoge Raad heeft in HR 5 november 1997, BNB 1998/38 het toepassingsbereik van art. 13, derde lid, tweede volzin, verduidelijkt. De Hoge Raad overweegt namelijk dat uit de wetsgeschiedenis⁵³ voortvloeit dat aandelen slechts dan niet in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening worden aangehouden, indien zij ter belegging worden aangehouden. Van een belegging is sprake als de aandelen uitsluitend worden gehouden met het oog op het verkrijgen van een waardestijging en rendement welke bij normaal vermogensbeheer kunnen worden verwacht.⁵⁴ Dit arrest betekent dat uitsluitend het aanhouden van aandelen als belegging een omstandigheid is waarin geen sprake is van een aanhouden dat ligt in de lijn van de normale bedrijfsuitoefening.⁵⁵

Van een deelneming in de zin van art. 13, derde lid, is voorts sprake indien met de verwerving van de participatie een algemeen belang gediend is geweest. Men kan hierbij denken aan een kleine participatie in een buitenlandse vennootschap die in het kader van de ontwikkelingssamenwerking projecten onderneemt of kredieten verstrekt aan ontwikkelingslanden.⁵⁶

Voor de toepassing van art. 15b wordt onder het begrip 'financieringsactiviteiten' onder meer verstaan het financieren van concernlichamen die de lening aanwenden voor een kapitaalstorting in of verwerving van aandelen die behoren tot een deelneming in de zin van art. 13, derde lid, Wet Vpb. 1969. De financiering van een concernlichaam die de lening aanwendt voor de financiering van aandelen in een oneigenlijke deelneming in de zin van art. 13, derde lid, kwalificeert mitsdien als financieringsactiviteit.

4.2.4.1.4 Niet-aftrekbare kosten ex art. 13, eerste lid

In art. 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969, is bepaald dat kosten in verband met een deelneming niet aftrekbaar zijn van de winst voorzover de kosten niet middellijk dienst-

52. Resolutie minister van Financien 6 september 1945, nr. 500, B 8190

53. TK, vergaderjaar 1959-1960, nr. 6000, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 13 lk.

54. HR 8 november 1989, BNB 1990/73.

55. De staatssecretaris is het eens met de uitleg van de Hoge Raad in BNB 1998/38 dat de deelnemingsvrijstelling steeds toepassing vindt indien de belastingplichtige feitelijk een onderneming drijft en de aandelen niet zijn aan te merken als een belegging. Zie Besluit staatssecretaris van Financien, 20 januari 1999, nr. DB98/4730M, BNB 1999/117.

56. J.H. Christiaanse, Deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1962, blz. 247

baar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst. Een concernlichaam dat een lening aanwendt voor de verwerving van een in het buitenland gevestigde deelneming, kan bijvoorbeeld de rentelast ter zake van de lening niet in aftrek brengen van zijn winst. Wordt het concernlichaam gefinancierd door een CFA-lichaam dan is de renteaftrek eveneens uitgesloten bij het concernlichaam. Daarentegen behoort in laatstgenoemde situatie de rentebate bij het CFA-lichaam tot de concernfinancieringswinst. Voor het concern als geheel blijft alsdan het nadelige gevolg van de renteaftrekbeperking beperkt.

4.2.4.2 *Onderscheid financieringsactiviteit en houden van deelneming*

In geval van concernfinanciering wordt vermogen verschaft door een concernlichaam. Hierbij rijst de vraag of eigen, dan wel vreemd vermogen wordt verschaft. Het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen is in zijn algemeenheid van belang voor de fiscale behandeling van zowel de geldverstrekker als van de geldontvanger. Als gevolg van het zogenoemde klassieke stelsel is een dividend bij de uitkerende vennootschap niet aftrekbaar van de fiscale winst, terwijl dit wel geldt voor een rentebetaling. Voorts kan bij de verstrekking van eigen vermogen, in tegenstelling tot een vreemdvermogenverstrekking, de deelnemingsvrijstelling toepassing vinden bij de geldgever.

Voor toepassing van de concernfinancieringsregeling is het onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen ook essentieel. Verschaft het CFA-lichaam vreemd vermogen aan een gelieerde vennootschap, dan kan zowel bij een direct als indirect belang in de debiteur van minimaal een derde, in beginsel sprake zijn van een financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969.⁵⁷ Verschaft het CFA-lichaam eigen vermogen aan een vennootschap, dan kan slechts bij een direct belang van in principe 5% of meer in de geldontvanger, in beginsel sprake zijn van het houden van een deelneming in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb. 1969. Indien het directe belang in een deelneming minimaal een derde bedraagt, rijst de vraag of de eigen vermogensverschaffing als financieringsactiviteit kwalificeert in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969.

Om een tweetal redenen is het onderscheid tussen een kwalificatie als financieringsactiviteit en kwalificatie als het houden van deelnemingen relevant. Ten eerste worden verliezen als gevolg van financieringsactiviteiten slechts aan de risicoreserve onttrokken, voorzover de verliezen door het CFA-lichaam zelf worden geleden. Financieringsverliezen geleden door andere concernlichamen behoeven niet aan de

⁵⁷ Voor de beantwoording van de vraag of een geldverstrekking als een geldlening dan wel als een kapitaalverstrekking heeft te gelden, is in beginsel de civielrechtelijke vorm beslissend. Ingevolge het arrest HR 27 januari 1988, BNB 1988/217, leidt deze regel uitzondering in bepaalde gevallen. Voor een uitgebreide behandeling van BNB 1988/217 zij verwezen naar § 2.4.3.5.

reserve onttrokken te worden. Bij verliezen op deelnemingen wordt de risicoreserve niet alleen gevormd voor risico's die door het CFA-lichaam worden gelopen, maar ook voor verliezen die door concernlichamen worden geleden. Ten tweede kunnen uitsluitend winsten behaald met financieringsactiviteiten aan de risicoreserve gedoteerd worden. De belastbare winst behaald met het houden van deelnemingen kan niet worden gereserveerd.⁵⁸

In de memorie van toelichting is opgemerkt dat bij financieringsactiviteiten niet alleen moet worden gedacht aan het verstrekken van geldleningen maar ook aan het financieren van deelnemingen.⁵⁹ Laatstgenoemde activiteit ziet op een kapitaalstorting in of een verwerving van aandelen in een deelneming. Met deze activiteiten lijkt te zijn bedoeld op het houden van deelnemingen. Deze opmerking kan niet het oog hebben op het verstrekken van geldleningen aan concernlichamen die deze leningen aanwenden ter financiering van deelnemingen. In de memorie is immers het verstrekken van geldleningen al genoemd als mogelijke financieringsactiviteit. Voornoemde opmerking in de toelichting suggereert mitsdien dat de kapitaalstorting in of de verwerving van een deelneming door het CFA-lichaam als financieringsactiviteit kwalificeert.

In lijn met het voorgaande is tijdens de parlementaire toelichting het volgende opgemerkt: 'Voordelen behaald met participaties die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen, zijn in Nederland belastbaar en behoren daarmee tot de concernfinancieringswinst. Tot de concernfinancieringswinst behoren niet de voordelen die onder de deelnemingsvrijstelling vallen.'⁶⁰ Als concernfinancieringswinst wordt aangemerkt de winst welke het CFA-lichaam behaald heeft met financieringsactiviteiten. De opmerking in de toelichting dat een belast deelnemingsresultaat tot de concernfinancieringswinst behoort, impliceert dat het houden van een deelneming als financieringsactiviteit zou kunnen kwalificeren. Een dergelijk gevolgtrekking is gezien de systematiek van art. 15b onjuist.⁶¹ Ingevolge het eerste lid zijn financieringsactiviteiten en het houden van deelnemingen twee afzonderlijke activiteiten. Daar uitsluitend voordelen behaald met financieringsactiviteiten aan de risicoreserve gedoteerd

58. Behoudens indien in een eerder stadium ter zake van een deelneming een bedrag belast aan de risicoreserve is onttrokken. Zie § 5.2.3

59. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 29. Deze opmerking is herhaald in EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52d, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 5.

60. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30. Deze opmerking is in een later stadium genuanceerd, in die zin dat voordelen behaald met participaties in passieve buitenlandse financieringsmaatschappijen niet tot de financieringswinst behoren. Zie TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 33.

61. Zie ook A.H.M. Daniels, Concernfinanciering, TFO 1997, blz. 54.

M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 24, en J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 570, zijn van mening dat slechts het houden van deelnemingen waarvan de voordelen onder de deelnemingsvrijstelling vallen, niet tot de financieringsactiviteiten worden gerekend.

kunnen worden, komt ingevolge de wetssystematiek een in Nederland belast deelnemingsresultaat niet voor dotatie in aanmerking

Dat het financieren van deelnemingen niet kwalificeert als financieringsactiviteit wordt bevestigd door een andere opmerking tijdens de parlementaire behandeling. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat 'verliezen uit het financieren van deelnemingen zich kunnen voordoen zowel bij de onderneming die de risicoreserve aanhoudt als bij een andere tot het concern behorende maatschappij. In beide gevallen zal aan de reserve een bedrag ter grootte van deze verliezen moeten worden onttrokken'.⁶² Het feit dat ter zake van verliezen die door andere concernlichamen worden geleden een bedrag aan de risicoreserve wordt onttrokken, duidt erop dat geen sprake is van een financieringsactiviteit. Verliezen ter zake van financieringsactiviteiten behoeven immers – in tegenstelling tot verliezen uit het houden van deelnemingen – slechts aan de risicoreserve onttrokken te worden, voorzover deze door het CFA-lichaam zijn geleden.

Een bevestiging van het vorenstaande wordt tevens gevonden in voorwaarde IX van de modelbeschikking.⁶³ Daarin is bepaald dat de buitenlandse bronbelasting 'over inkomsten (hierna rente- en royaltybaten) uit de financieringsactiviteiten' wordt verrekend in het jaar waarin deze belasting is geheven. Onder de inkomsten uit financieringsactiviteiten zijn uitsluitend rente- en royaltyinkomsten begrepen. Dividendbaten zijn niet genoemd. Daar het houden van deelnemingen wetssystematisch niet onder de financieringsactiviteiten kan worden geschaard, is de uitsluiting van dividendbaten gerechtvaardigd. De belastbare voordelen behaald met het houden van deelnemingen behoren niet tot de concernfinancieringswinst.⁶⁴

4.2.4.3 *Geldlening leidt niet tot onbelaste afname risicoreserve*

Het verstrekken van een geldlening aan een concernlichaam waarmee een deelneming wordt gefinancierd kan niet leiden tot een onbelaste afname van de risicoreserve.⁶⁵ Voor een onbelaste afname dient het CFA-lichaam het bedrag van de investering immers in de vorm van eigen vermogen te verstrekken aan het concernlichaam. Een uitzondering op deze regel is gemaakt in voorwaarde V 8 van de modelbeschikking voor een lening aan een tussenhoudster die in een fiscale eenheid is gevoegd met het CFA-lichaam.

62 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696 nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33.

63 Zie § 3.4.13.

64 Behoudens indien in een eerder stadium ter zake van een deelneming een bedrag belast aan de risicoreserve is onttrokken. Zie § 5.2.3.

65 Zie § 6.3.2.1.4.

4.2.5 Ter beschikking stellen gebruiksrecht van bedrijfsmiddel

Ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel a, is onder het begrip 'concernfinancieringsactiviteit' tevens gerangschikt het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen binnen concern.⁶⁶ De bedrijfsmiddelen mogen niet direct of indirect ter beschikking worden gesteld aan lichamen buiten het concern. Tot de bedrijfsmiddelen kunnen zowel materiële als immateriële activa behoren. In voorwaarde III.1 van de modelbeschikking is benadrukt dat ook het ter beschikking stellen van immateriële activa onder het begrip 'concernfinancieringsactiviteit' kan worden gerangschikt.⁶⁷ Voorzover octrooien, patenten, licenties, vergunningen e.d. als bedrijfsmiddel kunnen worden bestempeld, zal de exploitatie daarvan als financieringsactiviteit kunnen worden aangemerkt. Een immaterieel activum wordt in het algemeen als bedrijfsmiddel aangemerkt als het op de fiscale balans van het CFA-lichaam is geactiveerd.⁶⁸

Stelt het CFA-lichaam bedrijfsmiddelen ter beschikking aan buitenlandse concernlichamen, dan kan deze activiteit leiden tot een vaste inrichting van het CFA-lichaam in het buitenland. De concernfinancieringsactiviteiten worden alsdan niet meer uitsluitend vanuit Nederland verricht. Het CFA-lichaam voldoet niet meer aan de voorwaarden van art. 15b, eerste lid. De risicoreserve dient op grond van het zeven-de lid geheel aan de winst te worden toegevoegd.⁶⁹

Hierna worden achtereenvolgens behandeld de begrippen 'ter beschikking stellen' en 'gebruik of gebruiksrecht'. De term 'bedrijfsmiddel' is reeds uitvoerig aan de orde geweest in § 4.2.2.

4.2.5.1 Begrip 'ter beschikking stellen'

In het kader van de WIR is het begrip 'ter beschikking stellen' geïntroduceerd in de Wet IB 1964 en Wet Vpb. 1969. In deze wetten en tijdens de parlementaire behandeling is geen omschrijving gegeven van het begrip. Schonis en Renes menen dat 'ter beschikking stellen' opgevat moet worden als het verschaffen van de feitelijke beschikkingsmacht over een bedrijfsmiddel.⁷⁰ De staatssecretaris stelt in antwoord op

66. Ingevolge voorwaarde III.2 van de modelbeschikking worden verbeteringen of ontwikkelingen aan een bedrijfsmiddel dat tot het concernfinancieringsvermogen van een CFA-lichaam behoort, niet als financieringsactiviteit aangemerkt. Zie § 3 4 7 2.

67. Zie § 3 4 7 1. Ook tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat de exploitatie van immateriële activa als het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen kan worden aangemerkt. Zie TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45.

68. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45.

69. Zie § 2 4.8.

70. H.M.N. Schonis en J. Renes, Wet investeringsrekening, Gouda Quint Arnhem, 1978, blz. 85 en 86.

WIR-SIR-vragen een ruime definitie van 'ter beschikking stellen'.⁷¹ Als uitgangspunt wordt namelijk genomen dat sprake is van ter beschikking stellen wanneer een ander in de gelegenheid wordt gesteld van het gebodene gebruik te maken, onder welke naam of in welke vorm dan ook. Verhuur, 'time-charter' en zelfs het afstaan van gebruik zoals dat telkens voor zeer korte tijd plaatsvindt bij de exploitatie van een hotel, omvat in beginsel allemaal 'ter beschikking stellen'.

Als voortzetting van de WIR is in 1990 de investeringsaftrek geherintroduceerd. In de Wet IB 1964 komt het begrip 'ter beschikking stellen' voor in art. 11, zesde lid. Omdat de investeringsaftrek grotendeels dezelfde begrippen hanteert als de WIR, heeft het begrip in beide regelingen dezelfde betekenis. Ook voor de omschrijving van het begrip 'ter beschikking stellen' in art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, kan bij beide regelingen worden aangesloten.⁷² Kenmerkend voor het ter beschikking stellen is dat de bedrijfsmiddelen geactiveerd zijn bij het CFA-lichaam. Teneinde te kwalificeren als financieringsactiviteit dient het ter beschikking gestelde bedrijfsmiddel te behoren tot het concernfinancieringsvermogen. De afschrijving op het bedrijfsmiddel komt alsdan ten laste van de financieringswinst.⁷³ Hierna zijn enige wijzen van ter beschikking stellen behandeld.

4.2.5.1.1 Verhuur

Verhuur van een bedrijfsmiddel binnen concern kwalificeert als een financieringsactiviteit. Hierbij kan zowel gedacht worden aan de verhuur van roerende als onroerende zaken.⁷⁴ Uiteraard moeten de verhuurde bedrijfsmiddelen tot het financieringsvermogen behoren.

4.2.5.1.2 Operational lease

Operational lease vertoont sterke verwantschap met huur. Operational lease onderscheidt zich van financial lease doordat de economische eigendom van een bedrijfsmiddel in handen blijft van de lessor (verhuurder).⁷⁵ De financiering van een bedrijfsmiddel door middel van een operational lease is een van de wijze waarop het CFA-lichaam een bedrijfsmiddel ter beschikking kan stellen aan een concernlichaam.

71 TK, vergaderjaar 1978-1979, 15 300, Hoofdstuk IXB en XIII, nr. 21, blz. 28. Zie ook het Besluit staatssecretaris van Financiën 21 december 1999, nr. DB99/2732M, BNB 2000/87.

72 Hierbij dient bedacht te worden dat het begrip 'ter beschikking stellen' voor de WIR en de investeringsaftrek is gebezigd in het kader van een uitsluitingsbepaling. Bedrijfsmiddelen die hoofdzakelijk ter beschikking worden gesteld aan derden, zijn uitgesloten van investeringsbijdragen of -aftrek. De strekking van een dergelijke uitsluitingsbepaling is een andere dan die van de concernfinancieringsregeling.

73. Zie § 5.2.2.4.1 en § 6.2.2.2.

74. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 29.

75. In Besluit staatssecretaris van Financiën 15 november 1999, nr. AFZ99/3262M, BNB 2000/66, is het verschil tussen operational en financial lease nader omschreven.

Deze financieringsvorm kwalificeert als financieringsactiviteit. In de memorie van toelichting is deze zienswijze bevestigd.⁷⁶

4.2.5.1.3 Financial lease

Financial lease is een wijze van financieren waarbij het economische belang bij een goed overgaat op de lessee (huurder). Alsdan berust de economische eigendom van het goed bij de lessee. Bij de lessee wordt het goed geactiveerd als bedrijfsmiddel en kan op het bedrijfsmiddel worden afgeschreven. Bij financial lease is mitsdien geen sprake van het ter beschikking stellen van een bedrijfsmiddel. Desondanks kwalificeert financial lease als financieringsactiviteit. Financial lease kan immers aangemerkt worden als het financieren van een bedrijfsmiddel van een concernlichaam. Voorzover de termijnbetalingen van de lessee tot de in Nederland belastbare winst van het CFA-lichaam behoren, worden deze inkomsten tot de concernfinancieringswinst gerekend.

4.2.5.1.4 Sale-lease-back

De mogelijkheid bestaat dat voorafgaande aan de lease het betreffende materiële of immateriële activum door de lessee (de oorspronkelijke eigenaar, de latere huurder) tegen de waarde in het economische verkeer is overgedragen aan het CFA-lichaam, de zogenoemde sale-lease-backtransactie.⁷⁷ Bij het CFA-lichaam wordt het activum toegevoegd aan het financieringsvermogen.⁷⁸ Door de overdracht van het activum dient het overdragende concernlichaam fiscaal af te rekenen over de vervreemdingswinst. Voorzover de termijnbetalingen van de lessee tot de in Nederland belastbare winst van het CFA-lichaam behoren, worden deze inkomsten tot de CFA-winst gerekend.

4.2.5.1.5 Vruchtgebruik

Door middel van het vestigen van een recht van vruchtgebruik kan een bedrijfsmiddel ter beschikking worden gesteld aan een ander concernlichaam.⁷⁹ Het bedrijfsmiddel komt civielrechtelijk toe aan de bloot eigenaar, het CFA-lichaam. Afhankelijk van de vruchtgebruikovereenkomst kan ofwel de bloot eigenaar ofwel de vruchtgebruiker afschrijven op het bedrijfsmiddel.

76. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30

77. In Resolutie staatssecretaris van Financiën, 26 augustus 1994, nr. DB94/3035M, BNB 1994/316, heeft de staatssecretaris de criteria vastgesteld voor de fiscale beoordeling van sale-lease-back van immateriële activa.

78. Zie § 3.4.7.2

79. Onduidelijk is of in de winstfeer een onderscheid gemaakt moet worden tussen een levenslang en tijdelijk vruchtgebruik. Hof Arnhem 23 januari 1992, V-N 1992, blz. 1108-1109, maakt wel een dergelijk onderscheid door te beslissen dat een tijdelijk vruchtgebruik van een pand, gelijk kan worden gesteld met huur. Voor de concernfinancieringsregeling is het onderscheid niet relevant

4.2.5.1.6 Bruikleen

In geval van bruikleen stelt het CFA-lichaam een bedrijfsmiddel om niet ter beschikking aan een concernlichaam. Het ter beschikking stellen duidt op een financieringsactiviteit. Het bedrijfsmiddel behoort tot het CFA-vermogen. Door het ontbreken van een vergoeding zal echter geen CFA-winst worden gerealiseerd.

Is in de transactie een onzakelijk element te onderkennen, dan dient dit element buiten beschouwing te worden gelaten. De transactie moet vergelijkbaar zijn met die welke tussen willekeurige derden wordt gesloten. Indien een niet-bedongen vergoeding in de winst van het CFA-lichaam dient te worden verantwoord, kan deze vergoeding tot de concernfinancieringswinst behoren.⁸⁰

4.2.5.2 Begrip ‘gebruik of gebruiksrecht’

Het begrip ‘gebruiksrecht’ is een juridische term. Indien het recht van gebruik is verleend, heeft ingevolge art. 3: 226 BW de rechthebbende de bevoegdheid de aan zijn recht onderworpen zaken te gebruiken en er de vruchten van te genieten. Onder een recht van gebruik wordt onder meer verstaan een huur- of pachtrecht.

Gebruik staat tegenover verbruik.⁸¹ Een goed dat meerdere keren gebruikt wordt voor opeenvolgende productieprocessen wordt aangemerkt als een bedrijfsmiddel. Het ter beschikking stellen van zo’n bedrijfsmiddel kan uitsluitend betrekking hebben op het gebruik daarvan. Is er sprake van verbruik, dan kan per definitie niet gesproken worden van een bedrijfsmiddel. De zinsnede ‘van het gebruik of het gebruiksrecht’ heeft mitsdien geen toegevoegde waarde. Volstaan kan worden met de zinsnede ‘het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen binnen het concern’.

4.2.6 Uitbreiding begrip ‘financieringsactiviteiten’

Art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, lijkt een limitatieve opsomming te geven van hetgeen onder ‘financieringsactiviteiten’ dient te worden verstaan. Tijdens de parlementaire behandeling blijkt dat naast de opsomming in onderdeel a ook andere activiteiten als financieringsactiviteit kunnen worden beschouwd. De term ‘financieringsactiviteit’ moet ruim worden opgevat.⁸² Zo kwalificeren ook financieel administratieve dienstverlening en controllersactiviteiten op het financiële vlak ver-

⁸⁰ Zie § 5.2.2.2

⁸¹ H.J. Hofstra en L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting*, Kluwer Deventer, 1998, blz. 234

⁸² TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30.

richt ten behoeve van een dochtermaatschappij.⁸³ Als gevolg van deze ruime uitleg kwalificeren ook activiteiten als factoring en valutarisico- en geldstroombeheer. Overigens zijn de twee laatstgenoemde activiteiten tijdens de parlementaire behandeling niet expliciet genoemd.

4.2.6.1 Betekenis uitlatingen tijdens parlementaire behandeling

Kenmerkend voor voornoemde activiteiten is dat deze niet zijn te scharen onder de omschrijving van het begrip 'financieringsactiviteiten' zoals bepaald in art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969. Volgens uitlatingen van de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling kwalificeren deze activiteiten desondanks als zodanig. De vraag is wat de juridische betekenis is van toezeggende uitlatingen van de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling. De staatssecretaris handelt in dat stadium in de hoedanigheid van medewetgever. Aan uitlatingen van de staatssecretaris tijdens de parlementaire behandeling kan alleen betekenis worden toegekend als het parlement zich in deze opvattingen kan vinden.⁸⁴ Voor de belastingrechter kan de belastingplichtige geen beroep doen op een gerechtvaardigd vertrouwen dat is opgeroepen door uitlatingen bij de totstandkoming van wetgeving.⁸⁵ De staatssecretaris heeft de toezeggingen immers niet gedaan in de hoedanigheid van uitvoerend orgaan. De uitlatingen van de (mede)wetgever spelen daarentegen wel een rol bij de wetshistorische interpretatie van een wettekst.⁸⁶ De heersende leer is evenwel dat bij duidelijke bewoordingen van de wettekst de grammaticale interpretatiemethode voorrang geniet boven een wetshistorische methode.⁸⁷ Ten behoeve van de rechtszekerheid fungeren de woorden van de wet als het algemeen aanvaarde uitgangspunt voor de betekenis van de wet. De belastingautoriteiten kunnen niet de wettekst ten nadele van belastingplichtige opzij zetten met een beroep op de wetshistorie.

Aan het beginsel van de rechtszekerheid wordt evenwel geen afbreuk gedaan indien de belastingplichtige ten gunste van zichzelf met een beroep op de wetshistorie de wettekst ruimer uitlegt. Met betrekking tot de omschrijving van het begrip 'financieringsactiviteiten' heeft het parlement zich verenigd met de ruime opvatting van de staatssecretaris. De wetgever wenst aan het begrip 'financieringsactiviteit' een ruimere omschrijving toe te kennen dan blijkt uit de wettekst van art. 15b, eerste lid,

83 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30. Gezien het karakter van de concernfinancieringsregeling dient in plaats van dochtermaatschappij concernlichaam gelezen te worden.

84 Zie P.J. Wattel, De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving, FED 1990/335, blz. 967-987.

85 Zie HR 29 september 1999, BNB 1999/426, en Hof Amsterdam 15 oktober 1997, V-N 1998, blz. 631-634.

86 Zie HR 27 juli 1999, BNB 1999/417.

87 Voor een meer uitgebreide behandeling van de relatie tussen de grammaticale en wetshistorische interpretatiemethode verwijs ik naar § 2.3.7.1 en § 2.3.7.2.

onderdeel a De bedoeling van de wetgever is het begrip 'financieringsactiviteiten' omvangrijker te definiëren dan uit de wettekst blijkt Met een beroep op de wetshistorie mag de belastingplichtige derhalve ook andere activiteiten dan genoemd in de art 15b, eerste lid, onderdeel a, als kwalificerende financieringsactiviteit in aanmerking nemen

4 2 6 2 *Financieel administratieve dienstverlening*

Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer merkt de staatssecretaris op dat financieel administratieve dienstverlening ten behoeve van concernlichamen kwalificeert als financieringsactiviteit De staatssecretaris neemt tijdens de behandeling in de Eerste Kamer een restrictiever standpunt in⁸⁸ Daar merkt hij namelijk op dat financieel administratieve dienstverlening slechts kwalificeert als deze activiteiten samenhangen met de financieringsactiviteiten zelf⁸⁹

Onder financieel administratieve dienstverlening zijn meerdere activiteiten te rangschikken Onder meer kan worden gedacht aan de interne verslaglegging (het verschaffen van informatie over kosten en opbrengsten aan het management), externe verslaglegging (het administreren van de geld- en goederenstroom in een balans en resultatenrekening), auditing (de interne controle op de jaarverslaglegging), en de treasury-activiteiten Onder laatstgenoemde activiteiten wordt verstaan het beheer van de inkomende en uitgaande geldstromen Hieronder kan onder meer zijn begrepen het centraliseren van de inning van uitstaande vorderingen (factoring),⁹⁰ het valutarisicobeheer en het geldstroombeheer⁹¹ De interne en externe verslaglegging wordt veelal verricht door de controller Deze activiteiten vallen mitsdien onder de zogenaamde controllersactiviteiten

4 2 6 3 *Controllersactiviteiten*

De controllersactiviteiten vormen een onderdeel van het meeromvattend begrip 'financieel administratieve dienstverlening' Wat onder 'controllersactiviteiten' is te verstaan, is niet eenvoudig te zeggen, en verschilt in de praktijk per organisatie De gemeenschappelijke noemer is dat het gaat om het verschaffen van economische informatie ten behoeve van de besluitvorming van het management In zijn algemeenheid kan hieronder worden verstaan de interne en externe verslaglegging Tot deze activiteiten behoren het opstellen en bewaken van begrotingen en het opstellen van jaarrekeningen en periodieke verslagleggingen Daarnaast kan een controller ook andere activiteiten verrichten, zoals treasury, of het beheer van de informatiesyste-

88 EK vergaderjaar 1996-1997 24 696 nr 52b Memorie van antwoord blz 11

89 Zie § 4 2 6 8

90 Zie § 4 2 6 4

91 Zie § 4 2 6 6 en § 4 2 6 7

men Verricht een CFA-lichaam controllersactiviteiten ten behoeve van concernlichamen, in de context van de concernfinancieringsregeling moet dan met name gedacht worden aan de interne en externe verslaglegging en treasury-activiteiten, dan kwalificeert de vergoeding ter zake als een opbrengst uit concernfinancieringsactiviteiten

4.2.6.4 *Factoring*

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste kamer merkt de staatssecretaris op dat onder factoring verstaan dient te worden het overnemen van kredieten, het bewaken van de aan de debiteuren verstrekte kredieten, het verzorgen van de debiteurenadministratie en het financieren van de kredieten⁹² Een factoringmaatschappij neemt in meer of mindere mate het debiteurenbeheer van een onderneming over Volgens de staatssecretaris dient de overname van de vordering niet slechts ter incasso te geschieden, maar moet het CFA-lichaam ook het risico van niet-betaling dragen Als gevolg van factoring kan ook het valutarisico ter zake van een vordering of schuld door de factoringmaatschappij worden overgenomen

Factoring kwalificeert als financieringsactiviteit mits geen sprake is van financiering buiten het concern. Hiervan is geen sprake ingeval gewone leverancierskredieten worden gefinancierd met een looptijd van maximaal drie maanden⁹³ Volgens de staatssecretaris kwalificeert factoring slechts als deze activiteit samenhangt met de financieringsactiviteiten zelf⁹⁴

De marge tussen de verkrijgingsprijs van de vordering en het bedrag dat op de vordering wordt voldaan, kwalificeert als concernfinancieringswinst.⁹⁵ Daar factoring als een financieringsactiviteit kwalificeert, dient een verlies ter zake van factoring ingevolge art 15b, vierde lid, Wet Vpb 1969 belast aan de risicoreserve onttrokken te worden

4.2.6.5 *Borgtocht*

Het CFA-lichaam kan zich tegenover een schuldeiser verbinden tot nakoming van een verbintenis welke een ander concernlichaam, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen Een overeenkomst van borgtocht is door het CFA-lichaam aangegaan om de geldverstrekker voldoende zekerheid te bieden Zou de borgtocht niet zijn verstrekt, dan zou het andere concernlichaam, de hoofdschulde-

92 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 52b, Memorie van antwoord, blz 10 en 11

93 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 52b, Memorie van antwoord, blz 11

94 Zie § 4.2.6.8

95 Voor de winstbepaling van factoringactiviteiten zie Resolutie staatssecretaris van Financien, 25 april 1985, BNB 1985/196

naar, de lening niet of slechts onder zwaardere condities kunnen afsluiten. De overeenkomst van borgtocht biedt het andere concernlichaam de mogelijkheid vreemd vermogen onder bepaalde voorwaarden van een derde aan te trekken.

De vraag rijst of een borgtocht onder de ruime uitleg van het begrip 'concernfinancieringsactiviteit' geschaard kan worden. Het CFA-lichaam is aansprakelijk voor de schuld van het concernlichaam jegens de schuldeiser. Sprekt de schuldeiser het CFA-lichaam aan tot nakoming van de verplichtingen, dan verkrijgt het CFA-lichaam ingevolge art. 6:10 BW een regresvordering op het concernlichaam. Alsdan is de parallel zichtbaar met de situatie waarin het CFA-lichaam een schuld aangaat om activiteiten binnen het concern te financieren. Een dergelijke financiering kan als financieringsactiviteit kwalificeren in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a. Als financieringsactiviteit kwalificeren in beginsel slechts financieringen die bedrijfsmatig door het concernlichaam worden aangewend. De aanwending van de financiering is mitsdien relevant voor de beoordeling of sprake is van een financieringsactiviteit. Trekt men voor de borgtocht een parallel met voornoemde situatie, dan lijkt ook in het geval van een borgtocht de aanwending van de lening, welke is aangegaan bij een derde, relevant. Gaat een concernlichaam, met het CFA-lichaam als borg, een lening aan bij een derde, dan lijkt de borgtocht als financieringsactiviteit te kwalificeren indien de lening is aangegaan voor de financiering van bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen. De door het CFA-lichaam ontvangen provisie voor het als borg gelopen risico aangesproken te worden, behoort alsdan tot de concernfinancieringswinst. Is de lening bij de derde niet aangegaan voor de financiering van bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen, dan kan een borgtocht slechts als financieringsactiviteit kwalificeren indien het begrip 'financieringsactiviteit' voldoende ruim wordt uitgelegd. De reikwijdte van de door de staatssecretaris voorgestane ruime uitleg is in dit opzicht niet geheel duidelijk.

Kwalificeert een borgtocht als (complementaire) financieringsactiviteit van het CFA-lichaam, dan dient een uit de borgtocht voortkomend verlies belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.⁹⁶ Is geen sprake van een financieringsactiviteit, dan kan het verlies uit borgtocht verband houden met het houden van een deelneming in de schuldenaar. Het motief van de borgstelling is immers veelal gelegen in het aandeelhoudersbelang in de schuldenaar. Alsdan dient een aftrekbaar verlies uit de borgtocht eveneens belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Vloeit het nadeel voort uit het aandeelhouderschap, dan zal het nadeel ingevolge de deelnemingsvrijstelling veelal niet ten laste van de Nederlandse winst komen van het CFA-lichaam. Een belaste onttrekking aan de risicoreserve is in dat geval niet noodzakelijk.

⁹⁶ Zie § 6.2.2.4.1.

4.2.6.6 *Valutarisicobeheer*

Een concern dat actief is in verschillende landen kan aanzienlijke valutarisico's lopen. De risico's voor de verschillende concernlichamen kunnen worden ondergebracht bij het CFA-lichaam. Voor interne concernleningen kan dit bewerkstelligd worden door de vordering op het in het buitenland gevestigd concernlichaam in de valuta van het betreffende land te laten luiden. Valutarisico's op transacties met derden kunnen bijvoorbeeld door middel van een valutatermijncontract aan het CFA-lichaam worden overgeheveld. Hierbij koopt het concernlichaam op termijn de vreemde valuta van het CFA-lichaam die zij aan een crediteur is verschuldigd.⁹⁷ De vraag rijst in hoeverre de overname van valutarisico's op transacties met derden tot de financieringsactiviteiten gerekend kunnen worden. Financieringsactiviteiten buiten concern kwalificeren immers niet. Zolang het debiteurenrisico van het concernlichaam niet overgaat op het CFA-lichaam, lijkt geen sprake te zijn van een financiering buiten het concern. Alsdan wordt tegen een vergoeding slechts een valutarisico van een concernlichaam overgenomen. De overname van valutarisico's op transacties met derden kwalificeert als financieringsactiviteit, mits geen debiteurenrisico wordt overgenomen. De vergoeding behoort tot de concernfinancieringswinst, en kan volledig aan de risicoreserve worden gedoteerd. Een verlies als gevolg van valutarisicobeheer dient ingevolge art. 15b, vierde lid, Wet Vpb. 1969, belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.

In het kader van de deelnemingsvrijstelling heeft de Hoge Raad overwogen dat ter zake van een lening welke luidt in een zwakke buitenlandse valuta, een gedeelte van de rentevergoeding als een vergoeding voor valutarisico kan worden aangemerkt.⁹⁸ Dit zou in het kader van de concernfinancieringsregeling kunnen betekenen dat indien een CFA-lichaam een lening in een buitenlandse valuta verstrekt aan een concernlichaam, in de rentebate een vergoeding te onderkennen is voor het valutarisico ter zake van de lening in de desbetreffende munteenheid. Voorzover een valutaresultaat in de rente tot uitdrukking komt, bedraagt de dotatiegrondslag geen 80%, doch 100%.⁹⁹

4.2.6.7 *Geldstroombeheer (netting)*

Binnen een concern brengen interne geldstromen kosten met zich mee, vanwege transactie- en provisiekosten en verlies van rentedagen. Deze interne geldstromen kunnen in omvang worden beperkt door middel van netting van de interne vorderin-

⁹⁷ Voor een uitgebreide beschouwing over valutarisicobeheer verwijs ik naar J.W. Winter, *Concernfinanciering*, Kluwer Deventer, 1992, blz. 81 e v.

⁹⁸ HR 28 april 1999, BNB 1999/313

⁹⁹ Zie § 5.4.2.2

gen en schulden.¹⁰⁰ Dit houdt in dat per concernlichaam periodiek het netto saldo van haar interne vorderingen en schulden wordt berekend. Het saldo wordt afgerekend via een zogenaamde clearingrekening bij het CFA-lichaam. Heeft het concernlichaam een nettoschuld dan betaalt zij dit bedrag aan de clearingrekening. Een nettovordering wordt van de clearingrekening ontvangen. Indien de nettingactiviteiten als financieringsactiviteit kwalificeren, dan behoort de vergoeding die wordt bedongen voor de nettingactiviteiten, tot de concernfinancieringswinst. Alsdan dient een eventueel verlies uit nettingactiviteiten ingevolge art. 15b, vierde lid, Wet Vpb. 1969, belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Aangezien binnen concernverband aan het nettingcentrum doorgaans geen zekerheden worden verschaft, kan een verlies worden geleden ingeval een concernlichaam in gebreke blijft een schuld aan het nettingcentrum te voldoen.

4.2.6.8 Samenhang met financieringsactiviteiten

In de parlementaire toelichting is het volgende opgemerkt: 'Verder omvatten de financieringsactiviteiten niet alleen financial lease, maar ook operational lease, financieel administratieve dienstverlening en/of controllersactiviteiten op het financiële vlak verricht ten behoeve van een dochter behoren tot de financieringsactiviteiten.'¹⁰¹ Deze opmerking suggereert dat alle genoemde complementaire activiteiten zelfstandig als financieringsactiviteit kwalificeren.

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer wordt ten aanzien van een viertal activiteiten de vraag gesteld of deze kwalificeren als financieringsactiviteit. De drie activiteiten die kwalificeren zijn factoring, het verstrekken van leningen ter financiering van afnemerskredieten met een looptijd korter dan drie maanden en financieel administratieve dienstverlening. De staatssecretaris tekent daarbij aan dat 'activiteiten die liggen op het vlak van de financieel administratieve dienstverlening kwalificeren als zij samenhangen met de financieringsactiviteiten zelf.'¹⁰²

In de Nota naar aanleiding van het verslag aan de Eerste Kamer merkt de staatssecretaris het volgende op: 'In de memorie van antwoord aan de Eerste Kamer heb ik aangegeven dat deze (financieel administratieve; AvS) dienstverlening moet samenhangen met de financieringsactiviteiten. Hiermee is bedoeld dat het niet zo kan zijn dat een lichaam dat uitsluitend financieel administratieve diensten ten behoeve van andere concernlichamen verricht, in aanmerking komt voor het vormen van een risicoreserve. De financieel administratieve dienstverlening moet dus een activiteit zijn die wordt verricht naast het financieren. Ter wille van de duidelijkheid merk ik

100 Voor een uitgebreide beschouwing over netting verwijs ik naar J W Winter, *Concernfinanciering*, Kluwer Deventer, 1992, blz. 73 e.v.

101. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 3, Memorie van toelichting, blz 30

102 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 52b, Memorie van Antwoord, blz. 11.

op dat dit geldt voor alle vier activiteiten die in de memorie van antwoord worden behandeld. Het gebruik van de term 'samenhangen' in de memorie van antwoord heeft wellicht een striktere indruk gewekt dan werd bedoeld.¹⁰³

Uit het voorgaande blijkt dat naarmate het wetgevingsproces vordert, de staatssecretaris de aanvankelijk ruime uitleg van het begrip 'concernfinancieringsactiviteit' steeds verder beperkt. Overigens wordt ondanks deze beperkte uitleg toch een ruimere omschrijving aan het begrip 'concernfinancieringsactiviteit' toegekend dan blijkt uit de wettekst van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969. De uitlatingen van de staatssecretaris tijdens de behandeling in de Eerste Kamer lijken de bedoeling van de wetgever te indiceren. Belastingplichtigen dienen derhalve de beperkende opmerkingen van de staatssecretaris in ogenschouw te nemen. Slechts voorzover factoring, het verstrekken van leningen ter financiering van afnemerskredieten met een looptijd korter dan drie maanden en financieel administratieve dienstverlening samenhangen met financieringsactiviteiten zelf, kwalificeren deze activiteiten als financieringsactiviteit.¹⁰⁴ Ondanks dat het niet expliciet is opgemerkt tijdens de parlementaire behandeling, is een logische gevolgtrekking van de opmerkingen van de staatssecretaris dat ook controllersactiviteiten, borgstelling, valutarisicobeheer en netting slechts kwalificeren in samenhang met financieringsactiviteiten zoals opgesomd in art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969.

De vraag rijst wanneer aan een dergelijke samenhang is voldaan. Hierover zijn tijdens de parlementaire behandeling geen uitlatingen gedaan. Van een samenhang is naar mijn mening sprake indien het lichaam dat deze complementaire activiteiten verricht, ook zonder deze activiteiten een risicoreserve kan vormen. Het lichaam dient derhalve naast de complementaire activiteiten een van de activiteiten zoals genoemd in art. 15b, eerste lid, onderdeel a, te verrichten.

4.2.7 Financieringsactiviteiten binnen CFA-lichaam

De situatie kan zich voordoen dat een binnenlands belastingplichtig CFA-lichaam financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van haar eigen vaste inrichting in het buitenland. Ook is de situatie denkbaar dat een Nederlandse vaste inrichting financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van een hoofdhuis in het buitenland. De vraag rijst in hoeverre transacties binnen het CFA-lichaam in aanmerking kunnen worden genomen als kwalificerende financieringsactiviteit. Een stringente uitleg van de wettekst lijkt aan een dergelijke kwalificatie in de weg te staan. Ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel a, kwalificeren immers slechts financieringsactiviteiten ten

¹⁰³ EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52d, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 5

¹⁰⁴ Het verstrekken van een lening aan een concernlichaam ter financiering van afnemerskredieten hangt dusdanig nauw samen met de financiering van bedrijfsmatige activiteiten van het betreffende concernlichaam, dat per definitie aan de samenhang-eis lijkt te zijn voldaan.

behoefte van 'tot het concern behorende lichamen'.¹⁰⁵ De vraag komt op of een verschil in behandeling te rechtvaardigen is tussen activiteiten verricht voor een concernlichaam en activiteiten ten behoeve een vaste inrichting van het CFA-lichaam. Indien deze vraag ontkennend wordt beantwoord, is de vraag aan de orde of überhaupt wel tussen een hoofdhuis en een vaste inrichting financieringsactiviteiten in aanmerking genomen kunnen worden. Het hoofdhuis en de vaste inrichting behoren tot dezelfde rechtspersoon. In juridische zin ontstaat ter zake van een interne lening of dienst geen schuldverhouding tussen de vaste inrichting en het hoofdhuis. Tijdens de parlementaire behandeling merkt de staatssecretaris dan ook op dat financieringsactiviteiten binnen het CFA-lichaam zelf niet kwalificeren. Het lichaam als één entiteit kan immers niet van zichzelf lenen.¹⁰⁶

Voor de vaststelling van de winst van een vaste inrichting onderscheiden we een tweetal hoofdmethoden, de indirecte methode (winstsplitsing) en de directe methode (ondernemingsplitsing).¹⁰⁷ Bij de indirecte methode dient de wereldwinst van de onderneming als uitgangspunt. Van deze winst wordt een bepaald gedeelte toegerekend aan het hoofdhuis en de vaste inrichting. Als verdeelsleutel kan bijvoorbeeld de omzet dienen. Bij de directe methode wordt de winst toegescheiden volgens de fictie dat zowel het hoofdhuis als de vaste inrichting een zelfstandige onderneming vormen. De winst van de vaste inrichting wordt zelfstandig bepaald. Ondanks dat sprake is van één rechtssubject wordt de vaste inrichting behandeld als een zelfstandige onderneming. De vaste inrichting moet gezien worden als ware zij een willekeurige onderneming die op strikt zakelijke basis handelt met de onderneming waarvan zij juridisch deel uitmaakt.¹⁰⁸ De directe methode is zowel nationaal¹⁰⁹ als internationaal de heersende leer. In art. 7, tweede lid, van het OESO-modelverdrag is de directe methode verwoord:

'... be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment'

105. In art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969, wordt ook gesproken over het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen 'binnen het concern'. Deze laatste woorden zouden een ruimere uitleg kunnen toestaan. Ook het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen aan een vaste inrichting zou hieronder begrepen kunnen zijn

106 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 48

107. Voor een uitgebreide behandeling zij verwezen naar C. van Raad, *Cursus Belastingrecht, Internationaal Belastingrecht*, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 2 5 2 B en 2 5 2 C (suppl. 279, oktober 1998), en A H Boekhoudt, *De eenzijdige regeling*, Fiscale monografie nr. 31, Kluwer Deventer, 2000, blz. 62 e.v

108 Zie C van Raad, *Cursus Belastingrecht, Internationaal Belastingrecht*, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 3.4.2.A.b (suppl. 279, oktober 1998).

109. Zie HR 4 mei 1960, BNB 1960/163, 165 en 166, art. 7, tweede lid, Nederlands standaardverdrag, en Notitie staatssecretaris van Financiën, 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht', V-N 1998, blz. 1986.

Uit deze bewoordingen blijkt dat art. 7, tweede lid, voorschrijft dat transacties tussen hoofdhuis en vaste inrichting voor fiscale doeleinden op basis van een fictieve onafhankelijkheid van de vaste inrichting moeten worden gezien. Hierna is ingegaan op enige transacties die zich voor kunnen doen tussen het hoofdhuis en een vaste inrichting van het CFA-lichaam, te weten het verstrekken van een lening, het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen en het verrichten van administratieve diensten.

4.2.7.1 *Leningverstrekking binnen CFA-lichaam*

Op grond van de zelfstandigheidsfictie zou een interne rentevergoeding geaccepteerd dienen te worden. Volgens de heersende leer wordt, in afwijking van de zelfstandigheidsfictie, een leningverstrekking aan een vaste inrichting evenwel slechts in aanmerking genomen voorzover het hoofdhuis bij derden vreemd vermogen heeft aangehouden voor die financiering. Het is immers ondoenlijk een onderscheid te maken tussen verstrekt werkkapitaal (eigen vermogen) waarvoor geen renteaftrek past en door het hoofdhuis verstrekt vreemd vermogen waarbij wel een renteaftrek aan de orde komt.¹¹⁰ De Hoge Raad overweegt in het arrest HR 7 mei 1997, BNB 1997/263 dat:

'de middelen die een ondernemer aanwendt ter financiering van een vaste inrichting, dienen, indien deze niet zijn verkregen doordat ten behoeve van die vaste inrichting schulden zijn aangegaan, in het kader van de fictie dat de vaste inrichting een zelfstandige onderneming vormt, in de regel als eigen vermogen van die vaste inrichting te worden beschouwd, zoals ook bij een zelfstandige onderneming de daarin geïnvesteerde middelen, voorzover die niet zijn verkregen doordat schulden zijn aangegaan, als eigen vermogen zijn aan te merken.'¹¹¹

In het OESO-modelverdrag is het voorgaande verwoord in art. 7, derde lid. In onderdeel 18 van het commentaar op deze bepaling is opgemerkt dat:

' from the economic standpoint, internal debts and receivables may prove to be non-existent, since if an enterprise is solely or predominantly equity-funded it ought not to be allowed to deduct interest charges that it has manifestly not had to pay '

Een uitsluiting van een interne renteberekening is, evenals een beperking van een interne royaltyverrekening, onder meer opgenomen in de verdragen met Duitsland en Indonesië en in de BRK.¹¹² Slechts in de situatie dat een CFA-hoofdhuis zelf een lening aangaat ter financiering van een vaste inrichting, worden rentekosten bij de vaste inrichting in aanmerking genomen. Dit betekent dat de externe rentekosten aan

¹¹⁰ Zie G.H. de Soeten, De zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting, Weekblad 1990, blz. 1408

¹¹¹ Zie voorts Hof Amsterdam 11 september 1997, nr. 95/4896, V-N 1998, blz. 1168-1171

¹¹² Zie art. 6 ad artikel 5 Slotprotocol Nederlands-Duits belastingverdrag, art. V ad artikel 7 Protocol Nederlands-Indonesisch belastingverdrag en art. 5 BRK

de vaste inrichting worden toegerekend. Zulks leidt tot een lagere buitenlandse vaste inrichtingswinst en diensgevolge tot een lagere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting. Als gevolg van de renteaftrek bij de vaste inrichting zal de buitenlandse belastingdruk navenant lager zijn.

Het is niet ondenkbaar dat als gevolg van een consequente toepassing van de zelfstandigheidsfictie ook bij afwezigheid van externe kosten een fictieve interne rente berekend kan worden door het CFA-hoofdhuis. Alsdan zou het CFA-hoofdhuis de ontvangen rentebate tot de concernfinancieringswinst kunnen rekenen. In enige belastingverdragen is bepaald dat een interne rente in aanmerking genomen kan worden door ondernemingen die een bankbedrijf uitoefenen. In de verdragen met onder meer China en India is opgenomen dat een vaste inrichting van een bankbedrijf welke rente verschuldigd is ter zake van een lening verstrekt door het hoofdhuis of vice versa, de rentelast in aanmerking mag nemen.¹¹³ Zulks betekent een lagere buitenlandse vaste inrichtingswinst en mitsdien een lagere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting. Het voordeel van een lagere buitenlandse belastingheffing kan evenwel groter zijn dan het nadeel van een lagere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting.

Voorbeeld:

CFA-lichaam A heeft een vaste inrichting in België. De jaarwinst van A ad 600 is opgebouwd uit 500 concernfinancieringswinst en 100 winst uit vaste inrichting. A doteert 80% van de financieringswinst aan de risicoreserve. De jaarwinst na reservering bedraagt derhalve 200. Uitgaande van een belastingtarief van 35% wordt een belastingvrijstelling verleend voor $100/200 \cdot 70$, ofwel een bedrag van 35. A is in Nederland 35 aan belasting verschuldigd. Uitgaande van een winstbelastingtarief van 40% in België, is A in totaal 75 aan belasting verschuldigd.

Indien als gevolg van een interne lening bij de vaste inrichting fictieve rentekosten in aanmerking worden genomen van 75, bedraagt de vaste inrichtingswinst nog slechts 25. De financieringswinst van het Nederlandse hoofdhuis bedraagt 575. De jaarwinst na dotatie aan de risicoreserve bedraagt 140. De belastingvrijstelling bedraagt $25/140 \cdot 49$, ofwel 8,75. A is in Nederland aan belasting verschuldigd een bedrag van 40,25. De vaste inrichting in België is 10 aan winstbelasting verschuldigd. De

113. Zie art. 7, derde lid, Nederlands-Chinees belastingverdrag en art. 7, derde lid, Nederlands-Indiaas belastingverdrag. Voor inzicht in de internationale opvatting hieromtrent verwijs ik naar het OECD-rapport 'The taxation of multinational banking enterprises', OECD Paris, 1984, naar I.J.J. Burgers, Taxation and supervision of branches of international banks, IBFD publications, 1991, en naar Cahiers de droit fiscal international, IFA Congress 1996, Vol. 81a, Permanent establishments of banks, insurance companies and other financial institutions, Kluwer Law International 's-Gravenhage, 1996.

totale belastingdruk van A bedraagt 50,25. Het voordeel voor A van een interne renteberekening bedraagt mitsdien 24,75.¹¹⁴

4.2.7.2 *Ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen binnen CFA-lichaam*

Op basis van de zelfstandigheidsfictie zou voor het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen, immateriële activa daaronder begrepen, een vergoeding (huur, royalty) dienen te worden betaald. In het OESO-commentaar op art. 7 wordt voor royaltybetalingen evenwel een uitzondering gemaakt op deze fictie. Onderdeel 17.4 van het OESO-commentaar bepaalt:

'In the case of intangible rights, the rules concerning the relations between enterprises of the same group (e.g. payment of royalties or cost sharing agreements) cannot be applied in respect of the relation between parts of the same enterprise. Indeed, it may be extremely difficult to allocate 'ownership' of the intangible right solely to one part of the enterprise and to argue that this part of the enterprise should receive royalties from the other parts as if it were an independent enterprise.'

Een uitsluiting van een interne royaltyberekening is bijvoorbeeld opgenomen in de verdragen met Duitsland en Indonesië en in de BRK.¹¹⁵ De reikwijdte van de zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting wordt door deze uitleg aanzienlijk ingeperkt. Behalve voor interne royalty's wordt ook van de zelfstandigheidsfictie afgeweken voor interne huren en soortgelijke vergoedingen. Indien het hoofdhuis eigen activa ter beschikking stelt van de vaste inrichting, kan hiervoor geen door de vaste inrichting fiscaal aftrekbare vergoeding worden betaald.¹¹⁶ Een consequente toepassing van de zelfstandigheidsfictie zou daarentegen wel moeten leiden tot acceptatie van een interne vergoeding.¹¹⁷

Art. 2, vierde lid, Bvdb 1989, bepaalt dat bij het in gebruik geven van een bedrijfsmiddel aan een vaste inrichting, bij aanvang van dat gebruik het bedrijfsmiddel op de waarde in het economische verkeer geactiveerd dient te worden bij de vaste inrichting.¹¹⁸ Als gevolg van deze fictiebepaling moet bij het berekenen van de vast in-

114 Als gevolg van de lagere totaalwinst is A 35% van 60 is 21 minder aan belasting in Nederland verschuldigd. De belastingvrijstelling is 35% van 75 is 26,25 lager. In Nederland is A mitsdien 5,25 meer aan belasting verschuldigd. Dit bedrag is uiteraard gelijk aan het effectieve belastingtarief van 7% over de extra financieringswinst van 75. In België is daarentegen 40% van 75, ofwel 30 minder aan belasting verschuldigd. Het voordeel voor A van een interne renteberekening bedraagt derhalve 30 minus 5,25, is 24,75.

115 Zie art. 6 ad artikel 5 Slotprotocol Nederlands-Duits belastingverdrag, art. V ad artikel 7 Protocol Nederlands-Indonesisch belastingverdrag en art. 5 BRK.

116 C. van Raad, *Cursus Belastingrecht*, Internationaal Belastingrecht, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 2.5.2.C.c (suppl. 279, oktober 1998).

117. Zie ook P. den Boer in zijn noot onder HR 8 november 1989, BNB 1990/36.

118. Art. 2, vierde lid, Bvdb 1989 is ingevoerd naar aanleiding van het zogenaamde Hopperzuigerarrest, HR 12 februari 1964, BNB 1965/95. Daarmee heeft de Hoge Raad beslist dat wanneer een bedrijfsmiddel door het hoofdhuis ter beschikking is gesteld van haar vaste inrichting, dit niet meebrengt dat het →

richtingswinst afschrijving van het overgedragen bedrijfsmiddel plaatsvinden over de veelal hogere waarde in het economische verkeer. Een hogere afschrijving leidt tot een lagere buitenlandse vaste inrichtingswinst en tot een lagere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting. Het ter beschikking stellen van een bedrijfsmiddel aan een vaste inrichting leidt mitsdien tot een hogere winst van het hoofdhuis. Indien het verschil tussen deze hogere winst en de winst die normaliter zonder interne overdracht zou zijn genoten, geacht wordt een vergoeding te zijn voor het ter beschikking stellen van het bedrijfsmiddel, dan zou deze 'vergoeding' tot de concernfinancieringswinst gerekend kunnen worden. Hierbij dient evenwel gewezen te worden op voorwaarde III.2 van de modelbeschikking. Daarin is bepaald dat een bedrijfsmiddel dat binnen het concern ter beschikking wordt gesteld, op de waarde in het economische verkeer dient te worden gesteld. De eventuele boekwinst is belast tegen het reguliere tarief. De fictiebepaling van art. 2, vierde lid, Bvdb 1989, vindt alsdan geen toepassing. Van enige gefingeerde vergoeding is alsdan geen sprake.

Overigens dient hierbij opgemerkt te worden dat het Bvdb 1989 in beginsel slechts van toepassing is op niet-verdragssituaties. De vraag is in hoeverre art. 2, vierde lid, toepassing vindt in verdragssituaties. Aangezien het merendeel van de belastingverdragen de zelfstandigheidsfictie van een vaste inrichting als uitgangspunt heeft, zou art. 2, vierde lid, Bvdb 1989 ook in verdragssituaties betekenis kunnen hebben.

4.2.7.3 *Administratieve dienstverlening binnen CFA-lichaam*

Indien het CFA-hoofdhuis financieel administratieve diensten verleent aan een vaste inrichting, dan heeft dit gevolgen voor de winsttoerekening aan het hoofdhuis respectievelijk de vaste inrichting. Onderdeel 16 van het OESO-commentaar op art. 7, derde lid, bepaalt:

'... that in calculating the profits of a permanent establishment allowance is to be made for expenses, wherever incurred, that were incurred for the purposes of the permanent establishment '

Ingeval van berekening van kosten aan de vaste inrichting dient volgens het OESO-commentaar sprake te zijn van daadwerkelijke kosten. De kosten moeten mitsdien gemaakt zijn ten opzichte van derden. De externe kosten worden alsdan toegerekend aan de vaste inrichting.

bedrijfsmiddel bij wege van fictie zou moeten worden aangemerkt als door die vaste inrichting te zijn aangeschaft tegen een – eveneens bij wege van fictie – schattenderwijs bepaalde kostprijs. Dit betekende dat de vaste inrichting dezelfde (lage) afschrijving in aanmerking kon nemen als was gebeurd bij de berekening van de totale winst. Een dergelijke lage afschrijving resulteerde in een hogere buitenlandse vaste inrichtingswinst en dus tot een hogere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting. Uit dit arrest blijkt dat de Hoge Raad de zelfstandigheidsfictie niet consequent toepast

Toepassing van de zelfstandigheidsfictie zou moeten betekenen dat voor interne dienstverlening een vergoeding met commissie wordt berekend. Uit praktische overwegingen, met name de moeilijkheid om een redelijke winstopslag vast te stellen, dient volgens het OESO-commentaar evenwel van een winstopslag te worden afgezien. Gegeven de mogelijkheid van een arm's lengthtoets vraagt A-G Verburg zich terecht af of een dergelijke overweging steekhoudend is.¹¹⁹ Volgens Burgers dient in geval van interne dienstverlening op basis van de zelfstandigheidsfictie een zakelijke vergoeding te worden berekend, tenzij dit uitdrukkelijk is uitgesloten door de nationale wet of een verdrag.¹²⁰ Wordt een dergelijke interne vergoeding binnen het CFA-lichaam berekend, dan zal de commissie tot de concernfinancieringswinst kunnen worden gerekend.

4.2.8 Financieringsactiviteiten aan buitenlandse concernlichamen

Ingevolge voorwaarde VIII.2 van de modelbeschikking mogen de leningen welke het CFA-lichaam verstrekt aan in het buitenland gevestigde concernlichamen, niet in meer dan enigszins belangrijke mate direct of indirect aangewend worden voor de financiering van:

- a. bedrijfsmiddelen die ter beschikking worden gesteld,
- b. goederen die worden geleverd aan, of
- c. diensten die worden verricht voor,

verbonden lichamen, voorzover die aanwending leidt tot een verlaging van de in Nederland belastbare winst. Voor een behandeling van voorwaarde VIII.2 van de modelbeschikking zij verwezen naar § 3.4.12.2.

4.2.9 Financieringsactiviteiten buiten concern

Het verstrekken van geldleningen of kredieten aan afnemers of andere lichamen buiten het concern, kwalificeert in beginsel niet als concernfinancieringsactiviteit. De leningverstrekking ter financiering van leasecontracten met afnemers buiten het concern geldt evenmin als financieringsactiviteit.¹²¹ De financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen moeten zijn gericht op de financiering van bedrijfsmiddelen of bedrijfsmatige activiteiten van het concernlichaam of op het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen binnen het concern. De activiteiten mogen mitsdien niet direct of indirect betrekking hebben op financieringen buiten het concern.

Indien de door het CFA-lichaam gefinancierde bedrijfsmiddelen door het concernlichaam worden verhuurd buiten concern, rijst de vraag in hoeverre de geldverstrek-

119 Conclusie A-G Verburg voor HR 8 november 1989, BNB 1990/36

120. I.J.J. Burgers, National report for the IFA Congress 1996, Geneva, Cahiers de droit fiscal international, Vol 81a, Kluwer Law International 's-Gravenhage, 1996, blz. 604.

121 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz 11.

king door het CFA-lichaam nog kwalificeert als financieringsactiviteit. Er mag immers geen sprake zijn van een indirecte financieringsactiviteit buiten het concern. Daar het concernlichaam de (te verhuren) activa als bedrijfsmiddelen activeert, kwalificeert de financiering van het concernlichaam door het CFA-lichaam in beginsel als financieringsactiviteit. Het concernlichaam stelt evenwel op haar beurt de activa ter beschikking aan derden. Het ter beschikking stellen van het gebruik van bedrijfsmiddelen kwalificeert ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel a, eveneens als financieringsactiviteit. De geldverstrekking door het CFA-lichaam heeft mitsdien indirect betrekking op een financieringsactiviteit ten behoeve van derden. De door het CFA-lichaam verstrekte lening kwalificeert om die reden niet als financieringsactiviteit.

Voorts rijst de vraag of de leningverstrekking aan een concernlichaam kwalificeert als financieringsactiviteit indien de lening wordt aangewend voor de verwerving van een deelneming waarvan de bedrijfsactiviteit bestaat uit de verhuur van bedrijfsmiddelen aan derden. De geldverstrekking door het CFA-lichaam wordt aangewend ter verwerving van een deelneming. Deze financiering kwalificeert in beginsel als financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a. De bedrijfsactiviteit van de deelneming bestaat evenwel uit het ter beschikking stellen van het gebruik van bedrijfsmiddelen aan derden, hetgeen een financieringsactiviteit betreft ten behoeve van derden. De financiering door het CFA-lichaam heeft derhalve indirect betrekking op een financieringsactiviteit buiten het concern. Mitsdien kwalificeert de geldverstrekking door het CFA-lichaam ten behoeve van het concernlichaam niet als financieringsactiviteit.

Ingevolge de parlementaire toelichting vinden financieringen niet buiten het concern plaats indien deze slechts in beperkte mate leiden tot financieringsactiviteiten buiten het concern maar nauw samenhangen met de normale bedrijfsuitoefening van het concern. Hierbij valt te denken aan de situatie dat het CFA-lichaam een lening verstrekt aan een concernlichaam dat de lening gebruikt voor het verstrekken van krediet aan de afnemers dan wel aan de toeleveranciers om hen in staat te stellen de af te nemen producten te produceren.¹²²

Op het voorgaande brengt de staatssecretaris een nuancering aan door op te merken dat leningverstrekking aan concernlichamen ter financiering van afnemerskredieten niet als financieringsactiviteit kwalificeert indien het krediet aan de afnemers een langere periode beslaat dan drie maanden.¹²³ Slechts het financieren van leningen met een looptijd korter dan drie maanden kwalificeert volgens de staatssecretaris als financieringsactiviteit. De situatie dat een afnemer ondanks de contractuele voorwaarden na drie maanden nog niet heeft betaald, doet hieraan niet af.¹²⁴ Ook indien

122. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30

123. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 11.

124. Ontleend aan J R Bakker en P M Smit e.a., De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting, Kluwer Deventer, 1997, blz. 69.

in het kader van factoringactiviteiten het CFA-lichaam leverancierskredieten financiert met een looptijd van maximaal drie maanden, is sprake van kwalificerende financieringsactiviteiten. De vraag rijst of de staatssecretaris de drie maandseis terecht stelt. Het financieren van handelsvorderingen van concernlichamen hangt immers dusdanig nauw samen met de bedrijfsuitoefening van het concernlichaam, dat reeds om die reden de drie maandseis niet behoort te worden gesteld.

4.2.10 Beleggen

Art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, bepaalt dat financieringsactiviteiten buiten het concern alsmede beleggen niet als financieringsactiviteit kwalificeren. De strekking van de zinsnede 'alsmede beleggen' is tweeledig. Ten eerste is bedoeld dat beleggingsactiviteiten van het CFA-lichaam zelf niet tot de financieringsactiviteiten behoren. Ten tweede is de strekking dat financieringsactiviteiten ten behoeve van een concernlichaam niet kwalificeren, indien een dergelijk lichaam de middelen aanwendt voor beleggingsactiviteiten. De financiering van bedrijfsmatige beleggingsactiviteiten van een concernlichaam dat bijvoorbeeld een bank- of verzekeringsbedrijf uitoefent, kwalificeert naar mijn mening niet als beleggen in voornoemde zin, maar als financieringsactiviteit.¹²⁵

Voordelen behaald met participaties in buitenlandse financieringsmaatschappijen die op grond van art. 13, tweede lid, Wet Vpb. 1969, als passief worden aangemerkt kwalificeren niet voor de deelnemingsvrijstelling. Deze voordelen zijn mitsdien onderworpen aan de heffing van vennootschapsbelasting. Op grond van de wetssystematiek kunnen voordelen behaald met het houden van deelnemingen niet aan de risicoreserve gedoteerd worden. Het houden van deelnemingen kwalificeert immers niet als financieringsactiviteit.¹²⁶ Tijdens de parlementaire behandeling is ten overvloede opgemerkt dat voordelen behaald met het houden van passieve financieringsmaatschappijen niet tot de concernfinancieringswinst behoren omdat deze werkzaamheden begrepen zijn onder het begrip 'beleggen'.¹²⁷ Een verlies uit hoofde van een dergelijke deelneming behoeft evenmin tot een belaste onttrekking uit de reserve te leiden. Overigens kunnen volgens de staatssecretaris de aandelen in een passieve financieringsmaatschappij evenmin tot de overnamekas worden gere-

125. Zie § 4.2.3

126. Zie § 4.2.4.2

127. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 33. Overigens wekt het enige bevreemding dat de voordelen uit een passieve buitenlandse financieringsmaatschappij getroffen worden door een dubbele belastingheffing, terwijl als deze activiteiten in een CFA-lichaam zouden plaatsvinden, de voordelen aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden. Indien de substance-eisen voor een CFA-lichaam evenwel gelijk zijn aan de substance-eisen voor een passieve buitenlandse financieringsmaatschappijen, zal een voordeel dat dubbel is belast, bij een CFA-lichaam evenmin aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden.

kend.¹²⁸ Ook uit dien hoofde kunnen de voordelen uit deze lichamen niet aan de risicoreserve worden gedoteerd.

4.2.11 Omvang financieringsactiviteiten

Aan de omvang van het vermogen dat wordt aangewend voor financieringsactiviteiten zijn geen kwantitatieve voorwaarden gesteld.¹²⁹ Een minimum aan financieringsactiviteiten is voldoende voor het vormen van een risicoreserve. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer merkt de staatssecretaris op dat de regeling alleen van toepassing is op situaties waarbij sprake is van een reële, duurzame en zelfstandige financieringsactiviteit.¹³⁰ Deze substancevoorwaarden zijn vorm gegeven door te verwijzen naar de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971 en de introductie van de centrale spilfunctie.¹³¹ Het stellen van deze substancevoorwaarden leidt impliciet tot een bepaalde relatieve ondergrens aan de omvang van de financieringsactiviteiten en strookt als gevolg daarvan niet met de opmerking dat aan de omvang van de financieringsactiviteiten geen kwantitatieve voorwaarden worden gesteld. Indien de substancevoorwaarden niet in rechte gesteld kunnen worden, is een minimum aan financieringsactiviteiten toereikend voor de vorming van een risicoreserve. Hierbij zij aangetekend dat de zogenoemde complementaire activiteiten, zoals financieel administratieve dienstverlening en factoring, slechts in samenhang met financieringsactiviteiten zelf kwalificeren.¹³² Een lichaam met uitsluitend complementaire activiteiten kwalificeert derhalve niet als CFA-lichaam.

4.2.12 Risico's financieringsactiviteiten

Met de risico's ter zake van financieringsactiviteiten is met name bedoeld op afwaarderings- en valutaverliezen op verstrekte concernleningen, die door het CFA-lichaam ten laste van de Nederlandse winst worden gebracht. Ook indien het CFA-lichaam aansprakelijk wordt gesteld voor schulden van concernlichamen, kan sprake zijn van een verlies uit financieringsactiviteit.¹³³ Een vervreemdings- of afwaarderingsverlies op een ter beschikking gestelde bedrijfsmiddel, behoort eveneens tot de risico's welke verband houden met financieringsactiviteiten. Ook verliezen ter zake van factoringactiviteiten en valutarisico- en geldstroombeheer zijn risico's waarvoor de risicoreserve is gevormd. Ter grootte van het nadeel dient een bedrag belast aan

128. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 34.

129. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 19.

130. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 2.

131. Zie § 2.3.

132. Zie § 4.2.6.8.

133. Zie § 6.2.2.4.

de risicoreserve onttrokken te worden. In § 6.2.2 is nader ingegaan op de verliezen ter zake van de in art. 15b, eerste lid, omschreven risico's.

4.3 HET HOUDEN VAN DEELNEMINGEN

4.3.1 Inleiding

Ingevolge art. 15b, eerste lid, Wet Vpb. 1969, wordt een risicoreserve mede gevormd voor risico's verband houdende met het houden van deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb. 1969. Ter zake van deze activiteit wordt de reserve zowel gevormd voor verliezen geleden door het CFA-lichaam als voor risico's gelopen door andere concernlichamen. De vraag is hierbij gerechtvaardigd welke risico's het CFA-lichaam loopt met de verliezen die door concernlichamen worden geleden.¹³⁴ De winst behaald met het houden van deelnemingen kan niet aan de reserve worden gedoteerd. Zelfs niet de door het CFA-lichaam zelf behaalde deelnemingswinst die in Nederland belastbaar is.

4.3.2 Deelneming in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid

De financiering van concernlichamen die de lening aanwenden voor een kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, kwalificeert als financieringsactiviteit. Het begrip 'deelneming' is hierbij op dezelfde wijze verwoord als in art. 15b, eerste lid, waarin is bepaald dat de risicoreserve mede gevormd wordt voor risico's welke verband houden met het houden van deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid. Het onderhavige deelnemingsbegrip is behandeld in § 4.2.4.1.

Door het buitensluiten van de tweede volzin van art. 13, tweede lid, wordt de risicoreserve onder meer gevormd voor risico's die verband houden met participaties die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen omdat zij niet aan een belasting naar de winst zijn onderworpen. Deze participaties zijn in het voorstel betrokken omdat het risico verbonden aan het houden van deze participaties niet verschilt van de risico's verbonden aan het houden van deelnemingen.¹³⁵

Sinds 1 januari 1997 is in art. 13, tweede lid, derde volzin, bepaald dat een aandelenbezit in een buitenlandse financieringsmaatschappij als belegging wordt aangemerkt, tenzij aannemelijk is dat de werkzaamheden van het buitenlandse lichaam kunnen worden aangemerkt als actieve financieringswerkzaamheden. In art. 2a Uit-

¹³⁴ Zie ook J.R. Bakker en P.M. Smit e.a., *De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer, 1997, blz. 59.

¹³⁵ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30

voeringsbeschikking, zijn de criteria opgenomen om te beoordelen of sprake is van een actieve financieringsmaatschappij.¹³⁶ Bij de omschrijving van het deelnemingsbegrip in art. 15b, eerste lid, Wet Vpb. 1969, is de derde volzin van art. 13, tweede lid, niet genoemd. Dit zou er enerzijds op kunnen duiden dat – evenals door het buiten sluiten van de tweede volzin, niet-onderworpen deelnemingen kwalificeren – de risicoreserve mede gevormd wordt voor het houden van participaties in passieve buitenlandse financieringsmaatschappijen. Anderzijds kan betoogd worden dat de aandelen die als belegging worden gehouden reeds zijn uitgesloten op grond van art. 13, tweede lid, eerste volzin, en dat de derde volzin slechts een nadere uitwerking is van het beleggingsbegrip in de eerste volzin. Dit zou betekenen dat de risicoreserve niet gevormd wordt voor belangen in passieve buitenlandse financieringsmaatschappijen. De strekking van de concernfinancieringsregeling is dat de risicoreserve niet wordt gevormd voor activiteiten die als belegging kunnen worden aangemerkt. Dit volgt onder meer uit de definitie van het begrip ‘financieringsactiviteiten’ in art. 15b, eerste lid, onderdeel a, waarin beleggingen zijn uitgezonderd. Voorts is tijdens de parlementaire behandeling ter zake van risico’s welke verband houden met buitenlandse vaste inrichtingen opgemerkt dat onder deze risico’s *uiteraard* niet vallen de risico’s ter zake van vaste inrichtingen waarvan de activiteiten voornamelijk bestaan uit beleggen.¹³⁷ Daar de strekking van art. 15b is dat de risicoreserve niet wordt gevormd voor activiteiten die als belegging kunnen worden aangemerkt, behoeven nadelen die verband houden met buitenlandse participaties die als belegging kwalificeren, waaronder de participaties in passieve buitenlandse financieringsmaatschappijen, niet belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. De in Nederland belaste (opwaarderings)winst ter zake van deze participaties kan niet aan de risicoreserve worden gedoteerd. De aandelen in dergelijke lichamen kunnen evenmin tot de overnamekas worden gerekend, aangezien deze participaties niet als kortlopende belegging zijn aan te merken.¹³⁸

Binnenlandse participaties die als belegging kwalificeren, zijn volgens art. 13, tweede lid, eerste volzin, niet uitgesloten van het deelnemingsbegrip. Een strikt grammaticale uitleg noopt tot de gevolgtrekking dat de risicoreserve mede wordt gevormd voor risico’s die verband houden met deze participaties. De strekking van de concernfinancieringsregeling is evenwel dat de risicoreserve niet wordt gevormd voor activiteiten die als belegging kunnen worden aangemerkt. Hieruit volgt dat de risicoreserve niet wordt gevormd voor risico’s welke samenhangen met binnenlandse deelnemingen die als belegging kwalificeren.¹³⁹ Verliezen uit dergelijke participaties behoeven niet aan de risicoreserve onttrokken te worden.

136. De voorwaarden van art. 2a Uitvoeringsbeschikking, zijn uitvoering behandeld in § 2.3.3.

137. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8.

138. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 48.

139. Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 587.

4.3.3 Onderscheid financieringsactiviteit en houden van deelneming

Ingevolge art. 15b, eerste lid, zijn financieringsactiviteiten en het houden van deelnemingen twee afzonderlijke activiteiten. De kapitaalstorting in of verwerving van aandelen in een deelneming door het CFA-lichaam zelf, wordt aangemerkt als het houden van deelnemingen. Daar uitsluitend voordelen behaald met financieringsactiviteiten aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden, komt een in Nederland bij het CFA-lichaam belast deelnemingsresultaat ingevolge de wetssystematiek niet voor reservering in aanmerking. De vraag of de financiering van een deelneming door een CFA-lichaam als financieringsactiviteit kwalificeert of als het houden van een deelneming, is aan de orde in § 4.2.4.2.

4.3.4 Risico's kwalificerende deelneming

Met de risico's ter zake van het houden van kwalificerende deelnemingen wordt bedoeld op afwaarderingsverliezen ex art. 13ca, afwaarderingsverliezen op niet-onderworpen deelnemingen¹⁴⁰ en liquidatieverliezen ex art. 13d Wet Vpb. 1969,¹⁴¹ die binnen concern ten laste van de Nederlandse winst worden gebracht. Voorts moet volgens de parlementaire toelichting worden gedacht aan de situatie dat een moedermaatschappij aansprakelijk wordt gesteld voor schulden van de deelneming, welke de omvang van het vermogen van de deelneming te boven gaan.¹⁴² Lijdt het CFA-lichaam of een concernlichaam een van voornoemde nadelen dan dient een bedrag ter grootte van het nadeel belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. In § 6.2.2 is nader ingegaan op de verliezen ter zake van de in art. 15b, eerste lid, omschreven risico's.

4.4 BUITENLANDSE VASTE INRICHTING

4.4.1 Inleiding

De risicoreserve wordt onder meer gevormd voor de verliezen welke voortvloeien uit het drijven van een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting. Zowel verliezen geleden door het CFA-lichaam als verliezen geleden door overige concernlichamen dienen belast aan de risicoreserve te worden onttrokken. Hierbij is niet van belang dat de voordelen uit een buitenlandse vaste inrichting niet aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden.

¹⁴⁰ Bij niet-onderworpen deelnemingen dient art. 13a Wet Vpb 1969 in ogenschouw te worden genomen.

¹⁴¹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 8

¹⁴² TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 29 en 30
Zie § 6.2.4.

In het wetsvoorstel behoorde een verlies uit vaste inrichting niet tot de risico's waarvoor de risicoreserve wordt gevormd¹⁴³ Pas in de Nota van wijziging is het wetsvoorstel zodanig aangepast dat de risicoreserve zich ook uitstrekt tot de buitenlandse activiteiten die in een vaste inrichting worden gedreven¹⁴⁴ Vaste inrichtingsverliezen die binnen het Nederlandse deel van het concern worden geleden, leiden tot een belaste vrijval van de risicoreserve

4.4.2 Vaste inrichting

Het begrip 'vaste inrichting' is in twee situaties van belang, te weten:

- a een feitelijk niet in Nederland gevestigde lichaam ontplooit ondernemingsactiviteiten in Nederland;
- b. een feitelijk in Nederland gevestigd lichaam ontplooit ondernemingsactiviteiten buiten Nederland

In situatie a vinden de artikelen art. 17 Wet Vpb 1969 jo art 49, eerste lid, onderdeel a, Wet IB 1964 toepassing. Het begrip 'vaste inrichting' in situatie a is beschreven in § 2 2 3 1

Indien Nederland een verdrag ter voorkoming van dubbele belasting heeft gesloten met het land waarn ondernemingsactiviteiten worden ontplooid, dan dient voor het begrip 'vast inrichting' in situatie b, aansluiting te worden gezocht bij het desbetreffende verdrag Ontbreekt een verdrag, dan is art 2, vijfde lid, Bvdb 1989, van toepassing Daarin is bepaald dat voor de toepassing van het Bvdb 1989 onder een vaste inrichting wordt verstaan een duurzame inrichting van een onderneming, met behulp waarvan de werkzaamheden van die onderneming geheel of gedeeltelijk worden uitgeoefend Een buiten Nederland gelegen onroerende zaak die behoort tot het vermogen van een onderneming wordt volgens art 2, tweede lid, onderdeel a, Bvdb 1989, steeds geacht tot het vermogen van een buitenlandse vaste inrichting te behoren.

Het in de belastingverdragen gebezigde begrip stemt veelal overeen met de definitie van het begrip 'vaste inrichting' van art 5, tweede lid, onderdeel a, van het OESO-modelverdrag Laatstgenoemde definitie vertoont weer grote gelijkenis met de definitie in art 2, vijfde lid, Bvdb 1989. Ingevolge de nota van toelichting bij het Bvdb 1989 kan voor de uitleg van het begrip 'vaste inrichting' in beginsel dan ook aansluiting worden gezocht bij de uitleg van het begrip in het OESO-modelverdrag De omschrijving van het in het Bvdb 1989 opgenomen begrip 'vaste inrichting' komt derhalve in grote lijn overeen met die van het verdragsbegrip Uitgebreid zie § 2 2 3 1

143 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 2, Voorstel van wet, blz 5

144 TK, vergaderjaar 1995-1996 24 696 nr 6, Nota van wijziging blz 2 en 8

4.4.3 Beleggingskarakter

De staatssecretaris merkt tijdens de parlementaire behandeling op dat onder de risico's waarvoor de risicoreserve is gevormd niet vallen de risico's ter zake van vaste inrichtingen waarvan de activiteiten voornamelijk bestaan uit beleggingen, passieve financieringsactiviteiten daaronder begrepen.¹⁴⁵ Door het gebruik van de term 'voornamelijk' tracht de staatssecretaris een criterium aan te leggen voor de vaste inrichtingen met een gemengd karakter. Onduidelijk is wat onder het criterium 'voornamelijk' moet worden verstaan. Voor de gevallen waarin zowel een beleggings- als ondernemingskarakter aanwezig is, kan wellicht aansluiting worden gezocht bij hetgeen hieromtrent is bepaald ten aanzien van buitenlandse deelnemingen met een gemengd karakter. Tijdens de parlementaire behandeling van het regime van de deelnemingsvrijstelling, is verklaard dat voor buitenlandse deelnemingen de deelnemingsvrijstelling slechts is uitgesloten indien de participatie uitsluitend als belegging wordt gehouden.¹⁴⁶ Voor vaste inrichtingen zou dit betekenen dat slechts vaste inrichtingen met uitsluitend een beleggingskarakter niet onder de regeling van art. 15b vallen. Verliezen ter zake van vaste inrichtingen met een gemengd karakter zouden belast aan de risicoreserve onttrokken moeten worden.

Meer voor de hand ligt evenwel een aansluiting bij het bepaalde in art. 10, tweede lid, Bvdb 1989. Daarin is bepaald dat de winst uit een buitenlandse vaste inrichting waarvan de werkzaamheden *grotendeels* bestaan uit beleggen of passieve financieringsactiviteiten, niet tot het buitenlands onzuiver inkomen wordt gerekend. Deze terminologie is in overeenstemming met het bepaalde in art. 13, tweede lid, laatste volzin, Wet Vpb. 1969. Ingevolge deze laatste volzin vindt de deelnemingsvrijstelling geen toepassing ten aanzien van in het buitenland gevestigde lichamen waarvan de werkzaamheden *grotendeels* bestaan uit passieve financieringsactiviteiten. Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris geantwoord dat onder *grotendeels* moet worden verstaan 'meer dan 50%'.¹⁴⁷ Het criterium van meer dan 50% moet worden getoetst aan de integrale activiteiten van de vaste inrichting. Hierbij gaat het om de feitelijke activiteiten van de vaste inrichting. Van belang zijn onder meer de tijdsbesteding van de werknemers, de omzet, de activiteiten waaruit de winst afkomstig is en de soorten activa en passiva op de balans.¹⁴⁸ Dit betekent dat indien de werkzaamheden van een vaste inrichting voor meer dan 50% bestaan uit beleggen of passieve financieringsactiviteiten, de regeling van art. 15b toepassing mist. Verliezen ter zake van een dergelijke vaste inrichting behoeven mitsdien niet belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.

145 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8

146 TK, vergaderjaar 1959-1960, 6000, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 13.

147 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 37

148 TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 20

4.4.4 Risico's buitenlandse vaste inrichting

Met de risico's ter zake van vaste inrichtingen wordt gedacht aan verliezen die voortvloeien uit het drijven van een onderneming met behulp van een vaste inrichting buiten Nederland. Lijdt het CFA-lichaam of een concernlichaam een dergelijk verlies dat ten laste komt van de Nederlandse winst, dan dient een bedrag ter grootte van het nadeel belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Ook verliezen ter zake van kortlopende vaste inrichtingen op projectbasis leiden tot een belaste vrijval van de risicoreserve.¹⁴⁹ In § 6.2.2 is nader ingegaan op de verliezen ter zake van de in art. 15b, eerste lid, omschreven risico's.

¹⁴⁹ EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 13

5.1 INLEIDING

De dotatie aan de risicoreserve geschiedt op forfaitaire wijze. De dotatie is niet afhankelijk van de daadwerkelijke risico's die worden gelopen door het CFA-lichaam of daarmee verbonden in Nederland gevestigde lichamen. In art. 15b, derde lid, Wet Vpb. 1969, is bepaald welke bedragen jaarlijks ten laste van de winst aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden, namelijk:

- a. maximaal 80% van de behaalde concernfinancieringswinst, alsmede
- b. maximaal 80% van de opbrengsten van kortlopende beleggingen die ter financiering van acquisities worden aangehouden (overnamekas).

Ofschoon de risicoreserve niet wordt gevormd voor risico's die samenhangen met het aanhouden van de overnamekas, zo behoeft een eventueel verlies op de beleggingen niet ten laste van de risicoreserve te komen, wordt de omvang van de risicoreserve wel mede bepaald door de opbrengst van de overnamekas. De omvang van de risicoreserve wordt mitsdien bepaald door de omvang van de gerealiseerde concernfinancieringswinst en de opbrengst van de kortlopende beleggingen.

De belastingplichtige kan zelf besluiten een lager percentage dan 80% te doteren. Zulks kan van belang zijn in verband met de verrekening van buitenlandse bronbelasting.¹ De inspecteur kan niet op eigen gezag beslissen een lager percentage toe te passen.² Een reservering van 80% betekent dat 20% van deze inkomsten wordt belast naar het reguliere tarief.

Voor bepaalde opbrengsten wordt het percentage van 80 verhoogd tot 100. Dit is het geval voor:

- a. valutawinsten die worden behaald bij de financieringsactiviteiten of bij het aanhouden van de kortlopende beleggingen, en

¹ Zie § 3.4.13.1

² TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 32

- b. positieve voordelen van de concernfinancieringswinst die samenhangen met een risico waarvoor in een eerder stadium reeds een bedrag uit de risicoreserve aan de winst is toegevoegd, doch ten hoogste voor het laatstgenoemde bedrag.

Het aan de risicoreserve toe te voegen bedrag bedraagt evenwel niet meer dan 80% van het belastbaar bedrag dat door de belastingplichtige zou zijn genoten indien over dat jaar geen bedrag aan de risicoreserve zou zijn toegevoegd of zijn onttrokken. Dit maximum komt aan de orde indien de concernfinancieringswinst meer bedraagt dan de totale belastbare winst van het CFA-lichaam, bijvoorbeeld door fiscale verliezen uit de overige activiteiten die drukken op de winsten uit concernfinancieringsactiviteiten. Is het CFA-lichaam opgenomen in een fiscale eenheid dan bedraagt het dotatiemaximum 80% van het belastbaar bedrag van de fiscale eenheid.³

De risicoreserve kent geen absoluut maximum. De omvang van de reserve is niet afhankelijk van de daadwerkelijk te lopen risico's of de omvang van het vermogen van het CFA-lichaam. In de parlementaire toelichting is aangegeven dat de inspecteur in voorkomende gevallen een plafond kan stellen, zodat voldoende middelen beschikbaar blijven om de belastingclaim op de risicoreserve te voldoen.⁴ In de modelbeschikking is een dergelijke voorwaarde niet gesteld.⁵ Overigens kent de risicoreserve wel een ondergrens, de reserve kan niet negatief zijn.

In § 5.2 van dit hoofdstuk is het begrip 'concernfinancieringswinst' aan de orde. De kortlopende beleggingen die ter financiering van acquisities worden aangehouden, de zogenoemde overnamekas, komen aan bod in § 5.3. De uitbreiding van de dotatiemogelijkheid ten aanzien van valutawinsten en eerdere onttrekkingen wordt behandeld in § 5.4. De beperkingen van de dotatiemogelijkheid zijn besproken in § 5.5. Hierbij wordt uitgebreid ingegaan op het jaarlijkse dotatiemaximum.

5.2 CONCERNFINANCIERINGSWINST

5.2.1 Inleiding

Het CFA-lichaam kan jaarlijks in beginsel ten hoogste 80% van de concernfinancieringswinst aan de risicoreserve doteren. Het bedrag van de reservering komt in mindering op de belastbare winst van het CFA-lichaam. Art. 15b, eerste lid, onderdeel b, Wet Vpb. 1969 bepaalt dat onder concernfinancieringswinst moet worden verstaan:

- a. de winst welke het CFA-lichaam behaalt met financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen, voorzover deze winst in Nederland belastbaar is, met uitzondering van:

3. Zie § 7.2.2

4 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 35.

5 Zie § 3.4.9.12

- i. de winst behaald met vermogen van het CFA-lichaam bestaande uit aandelen die bij ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam, en
 - ii. de verliezen van het CFA-lichaam voorzover ter zake van deze verliezen een toevoeging aan de winst ten laste van de risicoreserve heeft plaatsgevonden;
- b. de positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid, welke onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van een ander concernlichaam en voor welk risico het CFA-lichaam zelf in een eerder stadium een bedrag uit de risicoreserve aan de winst heeft toegevoegd, doch ten hoogste tot het laatstbedoelde bedrag.

Hierna is in § 5.2.2 de winst uit concernfinancieringsactiviteiten aan de orde. In § 5.2.3 is aandacht voor de positieve voordelen die verband houden met een risico waarvoor in een eerder stadium een bedrag belast aan de risicoreserve is onttrokken.

5.2.2 Winst behaald met concernfinancieringsactiviteiten

De winst welke het CFA-lichaam behaald met financieringsactiviteiten kan ten hoogste voor 80% aan de risicoreserve worden gedoteerd. Het uitgangspunt is dat uitsluitend de winst behaald door het CFA-lichaam gereserveerd kan worden.⁶ Beleggingsopbrengsten behoren niet tot de financieringswinst.⁷ De winst die voortvloeit uit het houden van deelnemingen alsmede met het drijven van ondernemingen door buitenlandse vaste inrichtingen, kan evenmin aan de risicoreserve worden gedoteerd. Slechts voorzover in een eerder stadium ter zake van deze activiteiten een bedrag belast aan de risicoreserve is onttrokken, bestaat de mogelijkheid dat een voordeel ten aanzien van deze activiteiten ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2° van het eerste lid, kan worden gereserveerd. De voordelen die samenhangen met eerdere onttrekkingen zijn behandeld in § 5.2.3.

5.2.2.1 Kostentoerekening

In het kader van de concernfinancieringsregeling dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de begrippen ‘verliezen’ en ‘kosten’.⁸ Een (vermogens)verlies moet belast aan de risicoreserve worden onttrokken, kosten die samenhangen met de financieringsactiviteiten komen in mindering op de concernfinancieringswinst, en verminderen de dotatiegrondslag. Voor de bepaling van de concernfinancieringswinst is van belang welke kosten toegerekend kunnen worden aan deze winst.

6. Anders J A G van der Geld, Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1997, blz. 90. Naar zijn mening kan ook de concernfinancieringswinst van andere Nederlandse concernonderdelen dan het CFA-lichaam gedoteerd worden aan de risicoreserve.

7. Indien de beleggingsbaten door de overnamekas worden gegenereerd, is wel dotatie aan de risicoreserve mogelijk. Verwezen wordt naar § 5.3.

8. Uitgebreid zie § 6.2.2.1.1.

Ontplooit een CFA-lichaam meerdere activiteiten, dan moeten de bedrijfskosten worden toegerekend aan de verschillende winstbestanddelen. Onderneemt een CFA-lichaam behalve financieringsactiviteiten ook overige, normaal belaste activiteiten, dan heeft het lichaam er belang bij de bedrijfskosten zoveel mogelijk aan de normaal belaste sfeer toe te rekenen. Het belang schuilt in het feit dat de concernfinancieringswinst in beginsel effectief belast is tegen een tarief van 7%, en de kosten derhalve ook tegen dat tarief in aanmerking worden genomen. De met de financieringsactiviteiten samenhangende kosten dienen mitsdien onderscheiden te worden van de kosten die toegerekend worden aan de normaal belaste activiteiten. Voor beide categorieën van inkomsten moet nauwkeurig vastgesteld worden welke kosten daaraan toegerekend moeten worden. Zo zal de kapitaalsbelasting, welke is verschuldigd ter zake van het in het CFA-lichaam ingebracht kapitaal dat is aangewend voor financieringsactiviteiten, in aftrek komen van de concernfinancieringswinst.⁹ Het aspect van de kostentoerekening komt ook aan de orde bij financieringskosten. Indien het CFA-lichaam een schuld is aangegaan, moet beoordeeld worden in hoeverre deze schuld toegerekend kan worden aan de concernfinancieringsactiviteiten. Is dit het geval dan komt de door het CFA-lichaam verschuldigde rente in mindering op de concernfinancieringswinst. Is het CFA-lichaam meerdere schulden aangegaan, dan moeten deze schulden afzonderlijk worden toegerekend aan de verschillende activiteiten.

In het kader van de deelnemingsvrijstelling onderscheidt Hofstra een drietal methoden om schulden en de daarmee verband houdende rentekosten toe te rekenen aan deelnemingen: de historische, de mathematische en de bedrijfseconomische methode.¹⁰ Bij de historische methode is het historisch verband beslissend, bij de mathematische methode wordt aangenomen dat het eigen en vreemd vermogen evenredig over de activa is verdeeld, terwijl bij de bedrijfseconomische methode eigen en vreemd vermogen aan de activa worden toegerekend volgens bedrijfseconomische inzichten. Daar de mathematische methode haar theoretisch fundament vindt in de bedrijfseconomische wetenschap zijn Van der Geld en De Vries en Sillevius van mening dat de mathematische methode voortvloeit uit de bedrijfseconomische methode.¹¹ Zij onderscheiden dus maar twee methoden: de historische en de mathematische/bedrijfseconomische. In het hierna volgende voorbeeld wordt het verschil tussen beide methoden geïllustreerd.

9. Zie § 7.3

10. H.J. Hofstra, *Financiering van aandelen met opgenomen gelden*, NV, mei 1944, blz. 38-40.

11. J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling*, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1990, blz. 232, en N.H. de Vries/L.W. Sillevius, *Cursus Belastingrecht Venootschapsbelasting*, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 2.16 I b.3 (suppl. 288, april 1999): '... een bedrijfseconomisch benadering leidt tot de zienswijze dat de gehele passiefzijde van de balans de gehele actiefzijde financiert. (.)'

Voorbeeld

De balans van CFA-lichaam X is als volgt

Deelneming Nederland	300	Aandelenkapitaal	100
Deelneming Zuid Afrika	700	Winstreserves	100
Vordering Nederland (10%)	100	Schuld aan bank (5%)	900
Vordering Zuid-Afrika (20%)	900	Schuld aan Engelse aandeelhouder (15%)	900

De lening aan de Nederlandse deelneming ad 100 is gefinancierd met eigen vermogen. De lening aan de Zuid-Afrikaanse deelneming ad 900 is gefinancierd met een schuld bij de Engelse aandeelhouder.

De opbrengst uit financieringsactiviteiten bedraagt 190. De totale rentekosten zijn 180. In geval van een historische toerekening dient beoordeeld te worden welke schulden verband houden met de financieringsactiviteiten. Alsdan komen de rentekosten ter zake van de schuld aan de Engelse aandeelhouder in mindering op de opbrengst uit financieringsactiviteit. Bij een historische benadering bedraagt de financieringswinst 190 -/- 135, ofwel 55.

Bij de mathematische methode worden het eigen en vreemd vermogen naar evenredigheid over de actiefposten verdeeld. Het financieringsvermogen ad 1000 wordt geacht met 10% eigen en 90% vreemd vermogen te zijn gefinancierd. Van het vreemd vermogen ad 1800 wordt 900 geacht te zijn benut voor financieringsactiviteiten. De rentekosten komen voor een bedrag van $(900/1800) \cdot 180$, ofwel 90, ten laste van de opbrengst uit financieringsactiviteiten. De financieringswinst bedraagt 190 -/- 90, ofwel 100.

Voor de mathematische methode, waarbij het eigen en vreemd vermogen naar evenredigheid over alle afzonderlijke actiefposten worden verdeeld, pleit wellicht de eenvoud.¹² Meer in overeenstemming met de realiteit is de historische methode. Deze methode neemt een verband aan tussen de kosten en de concernfinancieringsactiviteiten indien de kosten zijn gemaakt ten behoeve van de financieringsactiviteiten.

Uit de tekst van art. 15b Wet Vpb 1969 blijkt niet op welke wijze vastgesteld moet worden welke kosten betrekking hebben op bepaalde winstbestanddelen. Tijdens de parlementaire behandeling is evenmin met enig woord gerept over de methode van kostentoerekening. In het kader van de deelnemingsvrijstelling is het vraagstuk van

¹² Een discussie over de methode van kostentoerekening heeft reeds gespeeld in het kader van de deelnemingsvrijstelling ter zake van de vaststelling van de niet-afrekbare kosten. D. Juch Misverstanden of meer principiële verschillen? Weekblad 1988, blz. 775 merkt in dat kader op dat het twijfelachtig is of de mathematische methode eenvoudig is te hanteren. Bij de toepassing van de mathematische methode wordt de waardering van de deelnemingen immers een jaarlijks terugkerend discussiepunt. Dit argument weegt overigens minder zwaar bij de concernfinancieringsregeling. Een financieringsvordering op een concernlichaam is namelijk in het algemeen minder aan waardeschommelingen onderhevig dan de waarde van een deelneming.

de kostentoerekening al sedert tientallen jaren onderwerp van discussie.¹³ Onder de werking van het Besluit op de vennootschapsbelasting 1942 heeft de Hoge Raad in de vijftiger jaren het pleit beslecht in het voordeel van de historische methode.¹⁴ Ook onder de Wet Vpb. 1969 past de Hoge Raad vrijwel steeds de historische methode toe.¹⁵ In het wetsvoorstel tot herziening van de deelnemingsvrijstelling wenste Tweede-Kamerlid W. Vermeend de mathematische methode dwingend voor te schrijven in de tekst van de wet.¹⁶ Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris van Financiën evenwel expliciet opgemerkt dat de historische methode moet worden gevolgd.¹⁷ Dit is duidelijk gemaakt in de tweede volzin van art. 13, eerste lid. Ook buiten de toepassing van de deelnemingsvrijstelling past de Hoge Raad de historische methode toe. In het arrest HR 15 juli 1987, FED 1988/768 past de Hoge Raad de historische methode bijvoorbeeld toe voor de toerekening van schulden aan inkomen uit buitenlands onroerend goed. In HR 3 oktober 1984, BNB 1985/57 wordt de historische methode toegepast voor de etikettering van een schuld als ondernemingsvermogen.

Gezien de voorkeur van de Hoge Raad voor de historische methode, lijkt deze methode, zolang het historische verband niet is uitgewist, ook gevolgd te moeten worden voor de toerekening van schulden aan het concernfinancieringsvermogen. De mathematische methode kan slechts worden toegepast als van een duidelijk historisch verband tussen de kosten en de activiteiten niet blijkt.¹⁸ Is onduidelijk welke schulden zijn aangewend voor de financieringsactiviteiten, dan kan de evenredige toerekening volgens de mathematische methode uitkomst bieden. Kosten die door het CFA-lichaam worden gemaakt welke ook zouden kunnen zijn gemaakt door een vennootschap die geen financieringsactiviteiten verricht en overigens in dezelfde omstandigheden verkeert als het CFA-lichaam, behoeven niet aan de financieringsactiviteiten te worden toegerekend.¹⁹ Hieronder zijn onder meer te scharen de kosten die verband houden met het wezen van de vennootschap als zodanig, bijvoorbeeld handelsregisterbijdragen en de kosten van het jaarverslag.

Bij kosten die verband houden met financieringsactiviteiten behoeft niet uitsluitend te worden gedacht aan rentekosten. Ook afschrijvings- en onderhoudskosten op de ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen,²⁰ salaris- en huisvestingskosten van per-

13 Zie onder meer H.J. Hofstra, *Financiering van aandelen met opgenomen gelden*, NV, mei 1944, blz. 38-40. Voor een uitvoerige beschouwing over de kostentoerekening in deelnemingsverhouding zij verwezen naar D. Juch, *De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting*, FED Deventer, 1974, blz. 164-167, en J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling*, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1990, blz. 229-239.

14. Zie HR 12 november 1952, BNB 1953/5 en HR 19 december 1956, BNB 1957/37.

15. HR 22 februari 1978, BNB 1978/165.

16. TK, vergaderjaar 1986-1987, 19 729, nr. 2, Voorstel van wet, blz. 2.

17. TK, vergaderjaar 1989-1990, 19 968, nr. 13, Tweede nota van wijziging, blz. 6-7.

18. Zie HR 20 januari 1988, BNB 1988/143.

19. Ontleend aan Hof 's-Gravenhage, 13 november 1959, BNB 1959/193.

20. Zie § 6.2.2.2.

soneel dat een financieringsfunctie vervult, kosten van administratieve en secretarische ondersteuning, kosten van adviseurs, alsmede kosten gemaakt om het valutarisico op concernleningen in vreemde valuta af te dekken, komen in mindering op de financieringswinst. Valutaresultaten op leningen die strekken tot financiering van concernleningen of andere financieringsactiviteiten, behoren evenals valutaresultaten op valuta-afdekinstrumenten niet tot de kosten die verband houden met financieringsactiviteiten. Dergelijke valutaresultaten behoren mitsdien niet tot de concernfinancieringswinst²¹

In art. 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969, is een regeling opgenomen omtrent de niet-afrekbaarheid van kosten, indien blijkt dat de kosten niet middellijk dienstbaar zijn aan het behalen van in Nederland belastbare winst. Deze bepaling is slechts van belang in deelnemingsrelaties, met andere woorden ingeval met geleend geld eigen vermogen wordt verschaft aan een deelneming. Is eigen vermogen verstrekt aan een deelneming dan kwalificeert deze vermogensverschaffing als het houden van deelnemingen in de zin van art. 15b, eerste lid. Zelfs indien de deelneming als concernlichaam kwalificeert, zal de eigen vermogensverschaffing door het CFA-lichaam niet als financieringsactiviteit kunnen worden aangemerkt. Daar de concernfinancieringswinst bestaat uit de winst behaald met financieringsactiviteiten, maken de kosten opgenomen in art. 13, eerste lid, per definitie geen onderdeel uit van de concernfinancieringswinst.

5.2.2.2 In Nederland belastbare winst van CFA-lichaam

Als financieringswinst wordt aangemerkt de winst voorzover deze in Nederland belastbaar is. De jaarwinst van het CFA-lichaam dient ingevolge art. 8 Wet Vpb 1969 jo. art. 9 Wet IB 1964, te worden bepaald volgens goed koopmansgebruik en met inachtneming van een bestendige gedragslijn.²² Het goed koopmansgebruik volgt in beginsel de bedrijfseconomie, tenzij dit in strijd is met de belastingwetgeving of indien strijd ontstaat met de strekking of een beginsel van een belastingwet.²³ Dit algemene beginsel van het begrip 'goed koopmansgebruik' heeft vorm gekregen in een omvangrijke jurisprudentie. Volgens Brull kunnen drie elementen van goed koopmansgebruik worden onderscheiden, namelijk realiteitszin, eenvoud en voorzichtigheid.²⁴ In de jurisprudentie zijn meerdere methoden van fiscale winstberekening geaccepteerd. Het goed koopmansgebruik schrijft niet dwingend een bepaalde methode voor, maar laat ruimte voor meerdere systemen voor het vaststellen van de fiscale jaarwinst.

²¹ Zie § 5.4.2.3

²² Zie § 8.5.3

²³ HR 8 mei 1957, BNB 1957/208

²⁴ D. Brull, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, FED Amsterdam 1964, blz. 240-253, en D. Brull, J. W. Zwemmer en R. P. C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, Fiscale brochures, FED Deventer, 1999, blz. 31-63

Behoort op basis van enige vrijstelling een bedrag niet tot de in Nederland belastbare winst, dan maakt dit bedrag geen deel uit van de concernfinancieringswinst. Uiteraard komen de kosten welke samenhangen met deze vrijgestelde winst, niet ten laste van de concernfinancieringswinst.²⁵ Daar de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland mogen plaatsvinden, kan er geen sprake zijn van financieringswinst behaald met een buitenlandse vaste inrichting. Desondanks kan de heffing over financieringswinst aan een ander land zijn toegewezen. Op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 1989 is dergelijke winst vrijgesteld van belastingheffing in Nederland en behoort volgens de parlementaire toelichting derhalve niet tot de financieringswinst.²⁶ Hierbij kan worden gedacht aan de winst die wordt behaald met het ter beschikking stellen van in het buitenland gelegen onroerende zaken aan concernlichamen. De wetgever lijkt hierbij voorbij te gaan aan het feit dat de op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 1989 vrijgestelde winst, tot de in Nederland belastbare winst behoort. De belastbare winst van een in Nederland gevestigde vennootschap omvat immers alle wereldwijd genoten winst. Dat op grond van het Bvdb 1989 of een verdrag de belastingheffing wordt toegewezen aan het buitenland, leidt slechts tot een belastingvermindering van de in Nederland verschuldigde vennootschapsbelasting.

In het kader van de toepassing van de deelnemingsvrijstelling heeft de Hoge Raad in de arresten HR 13 november 1991, BNB 1992/58 en BNB 1992/59, bepaald dat aan de woorden 'in Nederland belastbare winst' de betekenis dient te worden gegeven die overeenkomt met de strekking van deze bepaling.²⁷ Van in Nederland belastbare winst is volgens de Hoge Raad geen sprake indien en voorzover de winst op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 1989 niet in de Nederlandse belastingheffing kan worden betrokken. In HR 26 januari 2000, BNB 2000/160 bevestigt de Hoge Raad zijn overweging van BNB 1992/58 en 59. De Hoge Raad oordeelt dat sprake is van 'in Nederland belastbare winst' ingeval een belastingverdrag het heffingsrecht over een bestanddeel van de winst toewijst aan Nederland. Dat vervolgens de verrekening van bronbelasting ertoe leidt dat per saldo effectief geen vennootschapsbelasting is verschuldigd, is niet van invloed op de kwalificatie 'in Nederland belastbare winst'.

25. Het begrip 'winst' moet netto worden uitgelegd. Is een winstbestanddeel vrijgesteld, met andere woorden behoort een bepaald nettovoordeel niet tot de in Nederland belastbare winst, dan behoren de kosten die onderdeel uitmaken van deze vrijgestelde winst, per definitie niet tot de in Nederland belastbare winst.

26. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 30.

27. In BNB 1992/58 en 1992/59 is de uitleg van de woorden 'binnen het Rijk belastbare winst' in de zin van art. 13, vierde lid, Wet Vpb. 1969, in geschil. Bij wijziging van de deelnemingsvrijstelling in 1990 zijn deze woorden gewijzigd in 'in Nederland belastbare winst'. De regeling die sinds 1990 te vinden is in art. 13, eerste lid, is niet materieel gewijzigd.

Uit de parlementaire toelichting op art. 15b blijkt dat de bedoeling van de wetgever is dat winst die op grond van een belastingverdrag of het Bvdb 1989 niet tot belastingheffing leidt in Nederland, niet tot de financieringswinst behoort. Indien analoog aan de uitleg van de Hoge Raad in de arresten BNB 1992/58 en 1992/59, in dit geval de bedoeling van de wetgever prevaleert boven de wettekst, zal de winst welke op basis van een verdrag of het Bvdb 1989 niet in Nederland kan worden belast, niet tot de financieringswinst behoren.

Is op een concernvordering geen rente betaald, of is aan een concernlichaam een renteloze lening verstrekt, dan dient het CFA-lichaam in zijn algemeenheid toch een rentebate te verantwoorden.²⁸ Bij transacties tussen concernlichamen moeten onzakelijke elementen worden geëlimineerd. Deze transacties moeten worden vergeleken met die welke tussen willekeurige derden worden gesloten.²⁹ De bevoordeling van een concernlichaam in de kostensfeer moet buiten beschouwing worden gelaten. De niet-bedongen rente dient in de winst te worden verantwoord en kan mitsdien tot de concernfinancieringswinst behoren.

5.2.2.3 *Onttrekkingen niet tot concernfinancieringswinst*

De verplichte onttrekkingen aan de risicoreserve maken geen onderdeel uit van de dotatiegrondslag. In de wettekst is hieromtrent niets opgemerkt. Ingevolge art. 15b, vierde lid, wordt in geval van een afgewaardeerde concernlening het bedrag van de afwaardering belast aan de risicoreserve onttrokken en aan de winst toegevoegd. Voorzover deze winst onder de concernfinancieringswinst van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, kan worden gerangschikt, zou deze belaste onttrekkingswinst grotendeels weer onmiddellijk gereserveerd kunnen worden. Een dergelijk handelwijze is niet conform de strekking van de concernfinancieringsregeling.³⁰ Volgens de strekking van de regeling dient een belaste afname van de reserve te leiden tot een toevoeging aan de normaal belaste winst. Tijdens de parlementaire behandeling bevestigde de staatssecretaris dan ook dat de jaarlijkse dotatie aan de risicoreserve vastgesteld dient te worden los van belaste en onbelaste onttrekkingen in het desbetreffende jaar.³¹ In voorwaarde V.4 van de modelbeschikking is hetzelfde bepaald.³² Overigens zie ik niet in dat een onbelaste onttrekking tot de grondslag van de concernfinancieringswinst zou kunnen behoren. Een dergelijke onttrekking behoort immers per definitie niet tot de winst, laat staan tot de financieringswinst.

28. Zie HR 31 mei 1978, BNB 1978/252

29. Zie ook § 4.2.5.1.6

30. Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande, 1998, blz. 589.

31. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 14.

32. Zie § 3.4.9.4.

5.2.2.4 Resultaat financieringsactiviteiten

Als financieringsactiviteit worden onder meer aangemerkt de financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen welke strekken ter financiering van bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen.³³ De winst ter zake van deze financieringsactiviteiten, bestaande uit de rentebaten verminderd met de toerekenbare kosten, behoort tot de concernfinancieringswinst. Ook opwaarderings- en vervreemdingswinsten ter zake van concernleningen en valutawinst behaald met financieringsactiviteiten behoren tot de concernfinancieringswinst. Laatstgenoemde winsten kunnen zelfs in het geheel aan de risicoreserve worden gedoteerd.³⁴ Afwaarderingsverliezen ter zake van concernleningen komen in beginsel niet in mindering op de concernfinancieringswinst.³⁵

Ook de vergoeding ter zake van financieel administratieve dienstverlening, controlling, factoring, valutarisico- en geldstroombeheer, verricht ten behoeve van concernlichamen, behoort tot de concernfinancieringswinst.³⁶ Uiteraard komen op deze vergoeding de toerekenbare kosten in mindering. Overigens is tijdens de parlementaire behandeling nimmer expliciet opgemerkt dat de winst behaald met deze complementaire activiteiten tot de financieringswinst behoort. Uit het feit dat deze activiteiten als financieringsactiviteit kwalificeren mag evenwel worden afgeleid dat de daarmee behaalde opbrengsten als financieringswinst worden opgevat.

Ook het ter beschikking stellen van materiële en immateriële bedrijfsmiddelen aan concernlichamen kan als financieringsactiviteit kwalificeren.³⁷ De opbrengst ter zake van deze activiteit omvat huur-, lease- en royalty-inkomsten. Hierop komen in mindering de afschrijvingskosten ter zake van de ter beschikking gestelde activa en eventueel overige kosten. Per saldo resteert de winst welke behoort tot de concernfinancieringswinst.

Hierna zijn enige opbrengsten besproken die als concernfinancieringswinst kunnen worden aangemerkt of als zodanig worden gezien.

5.2.2.4.1 Vervreemdingswinst ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen

De winst behaald met het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen behoort tot de concernfinancieringswinst. Hiermee samenhangende afschrijvingskosten komen in mindering op deze winst.³⁸ Daar de concernfinancieringswinst in beginsel effectief belast is tegen een tarief van 7%, wordt ook de afschrijving naar dat tarief in aan-

33. Voor een uitgebreide beschouwing zie § 4.2.2, § 4.2.3 en § 4.2.4

34. Zie § 5.4.2

35. Zie § 5.2.2.6

36. Zie § 4.2.6.

37. Voor een uitgebreide beschouwing zie § 4.2.5.

38. Zie § 6.2.2.2.2.

merking genomen. Alsdan dient de vervreemdingswinst van het betreffende bedrijfsmiddel eveneens tegen hetzelfde tarief te worden belast.³⁹ De vervreemdingswinst van een bedrijfsmiddel dat ter beschikking wordt gesteld aan een concernlichaam, behoort mitsdien tot de concernfinancieringswinst.⁴⁰ De staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling deze zienswijze bevestigd door op te merken dat behalve de vergoeding voor het ter beschikking stellen van een bedrijfsmiddel, ook de boekwinst die wordt gerealiseerd bij de vervreemding aan een derde tot de concernfinancieringswinst behoort.⁴¹

Het gegeven dat zowel de afschrijving als de boekwinst op een bedrijfsmiddel dat ter beschikking is gesteld tot de concernfinancieringswinst behoort, maakt een categorale vermogensindeling bij het CFA-lichaam noodzakelijk. Het onderscheid tussen het vermogen dat betrekking heeft op financieringsactiviteiten en het normaal belaste vermogen, noopt tot een fiscale afrekening in geval van een sferovergang. Ingevolge voorwaarde III.2 van de modelbeschikking moet ten tijde van de overgang van het normaal belaste vermogen naar het financieringsvermogen het bedrijfsmiddel worden geherwaardeerd. Over een eventuele boekwinst zal moeten worden afgerekend tegen het reguliere tarief.⁴²

5.2.2.4.2 Passieve doorstroomvennootschappen

Voor passieve financierings- en royaltyvennootschappen is veelal een winstvaststellingsafpraak gemaakt met de belastingdienst.⁴³ Deze vennootschappen fungeren als doorgeefluik van geldleningen of licentierechten en beschikken nauwelijks over enige substance in Nederland. De staatssecretaris wijst erop dat het verrichten van financieringsactiviteiten het actief aantrekken en uitzetten van gelden impliceert.⁴⁴ Het CFA-lichaam zal mitsdien zelfstandig moeten kunnen opereren. Een lichaam dat alleen als doorgeefluik fungeert houdt zich niet actief bezig met financieringsactiviteiten.

De vraag rijst of een CFA-lichaam dat behalve de doorgeefactiviteiten ook andere substantiële financieringsactiviteiten verricht, de winst (spread) ter zake van de rulingactiviteiten mag doteren aan de risicoreserve. Passieve financieringsactiviteiten kwalificeren slechts als financieringsactiviteit voorzover de geldleningen strekken ter

39 Stel een bedrijfsmiddel met een waarde van 100 wordt in situatie A jaarlijks afgeschreven met 5, en in situatie B met jaarlijks 10. Bij verkoop na drie jaren tegen een prijs van 85 zou de mate van afschrijving niet van invloed mogen zijn op de totaalwinst met betrekking tot het bedrijfsmiddel. De jaarlijkse afschrijving zou wel (onterecht) van invloed zijn indien de vervreemdingswinst tegen een ander tarief wordt belast dan het tarief van afschrijving.

40 Wordt de vervreemdingswinst gedoteerd aan de vervangingsreserve, dan vindt geen winstrealisatie plaats. De vervreemdingswinst behoort alsdan niet tot de concernfinancieringswinst.

41 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45

42 Zie § 3.4.7.2.

43. Zie Modelrulings Belastingdienst Grote Ondernemingen Rotterdam, september 1993

44. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 10

financiering van bedrijfsmiddelen of bedrijfsmatige activiteiten van concernlichamen. Vindt de aanwending van de geldlening op een andere wijze plaats of is niet duidelijk waarvoor de geldlening wordt aangewend, dan kwalificeren de doorstroomfinancieringsactiviteiten niet.⁴⁵ De exploitatie van een licentierecht kwalificeert als een financieringsactiviteit, mits het betreffende licentierecht op de fiscale balans is geactiveerd. Het ter beschikking stellen van immateriele activa is immers onder het begrip 'concernfinancieringsactiviteit' gerangschikt.⁴⁶

5.2.2.4.3 Herstel risicoreserve na overtreding vijfjaarsvervreemdingsverbod

De risicoreserve kan ingevolge art. 15b, vijfde lid, onbelast afnemen ter zake van een investering in een deelneming. Voorwaarde V 10 van de modelbeschikking bepaalt dat een vervreemding van een deelneming binnen vijf jaar leidt tot het ongedaan maken van de onbelaste afname, hetgeen herstel van de risicoreserve betekent.⁴⁷ Volgens de parlementaire toelichting gaat dit als volgt in zijn werk. Het CFA-lichaam voegt een bedrag toe aan zijn winst gelijk aan het bedrag dat op het moment van investering onbelast is onttrokken. Deze winst behoort volgens de toelichting tot de concernfinancieringswinst, welke in haar geheel kan worden toegevoegd aan de risicoreserve. Hierdoor wordt de fiscale claim op de reserve hersteld.⁴⁸ In deze toelichting kwalificeert de staatssecretaris de ongedaanmakingswinst als concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam. Het CFA-lichaam kan evenwel slechts concernfinancieringswinst realiseren door middel van financieringsactiviteiten. Een dergelijke ongedaanmaking kan niet worden bestempeld als financieringsactiviteit. Het daarbij gerealiseerde resultaat behoort mitsdien niet tot de financieringswinst van het CFA-lichaam. Daarenboven kan de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam slechts voor maximaal 80% worden gedoteerd, en slechts bij uitzondering voor 100%. Evenmin kan een dergelijke ongedaanmaking tot de concernfinancieringswinst worden gerekend op basis van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, Wet Vpb 1969. Dit onderdeel ziet immers op voordelen behaald door andere concernlichamen, en dan nog slechts op voordelen die samenhangen met risico's ter zake waarvan in een eerder stadium bedragen belast aan de risicoreserve zijn onttrokken.

Het ongedaan maken van een onbelaste afname heeft mijns inziens niet via de concernfinancieringswinst te geschieden. Volstaan kan worden met het herstel van de risicoreserve met het bedrag dat op het moment van investering onbelast aan de reserve is onttrokken. De onbelaste afname is achteraf gezien een foutieve onttrekking geweest. Deze fout wordt hersteld door een bedrag aan de risicoreserve toe te voegen ter grootte van de onbelaste onttrekking. Ook voorwaarde V 10 van de mo-

⁴⁵ Volgens de Coördinatiegroep concernfinancieringen doet de aanwending van de doorstroomfinancieringen niet ter zake. De winstmarge op deze activiteiten behoort zonder meer tot de concernfinancieringswinst.

⁴⁶ Zie § 4.2.5.

⁴⁷ Zie § 3.4.9.10.

⁴⁸ TK vergaderjaar 1995-1996 24 696 nr. 3. Memorie van toelichting blz. 37 en 38.

delbeschikking lijkt deze benadering voor te staan. In tegenspraak met de parlementaire geschiedenis spreekt voorwaarde V.10 namelijk over een toevoeging aan de risicoreserve van het bedrag van de onbelaste onttrekking. Van een toevoeging aan de concernfinancieringswinst is terecht geen sprake. Ingevolge voorwaarde V.10 wordt de risicoreserve gecorrigeerd in het jaar van de vervreemding.⁴⁹ Uiteraard wordt het opgeofferde bedrag van de deelneming ook gecorrigeerd. Het opgeofferd bedrag wordt weer gelijk aan het feitelijk opgeofferd bedrag.

5.2.2.5 *Preferente aandelen*

Ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 1°, kwalificeert de winst behaald met financieringsvermogen dat bestaat uit aandelen die bij ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het CFA-lichaam, niet als concernfinancieringswinst.⁵⁰ Hiermee wordt beoogd dat de winst behaald met vermogen dat bestaat uit (cumulatief) preferent aandelenkapitaal, niet kan worden gedoteerd aan de risicoreserve.⁵¹ Preferente aandelen delen immers gewoonlijk niet boven het nominale bedrag mee in het batige saldo na liquidatie. Deze uitzondering is met name opgenomen om te voorkomen dat financiële instellingen via cumulatief preferente aandelen onbedoeld gebruik maken van de regeling.⁵² In plaats van een geldlening zouden deze instellingen risicomijdende preferente aandelen plaatsen bij het CFA-lichaam. De vergoeding betreft alsdan geen rente, maar wordt verstrekt in de vorm van dividend. Het voordeel hiervan is dat de rentelast niet drukt op de concernfinancieringswinst. De concernfinancieringswinst blijft op deze wijze kunstmatig hoog. Bij de financiële instelling is bovendien een belaste rentebate omgezet in een onbelast deelnemingsdividend. De staatssecretaris acht dit een te grote stimulans om voor financiering gebruik te maken van (cumulatief) preferente aandelen.⁵³

Ingevolge voorwaarde V.11 van de modelbeschikking kwalificeert de winst behaald met financieringsvermogen dat bestaat uit aandelen waarvan de financiële risico's op enigerlei wijze zijn afgedekt, evenmin als concernfinancieringswinst. Voor een uitgebreide behandeling van voorwaarde V.11 zij verwezen naar § 3.4.9.11.

49. Zie § 3.4.9.10

50. De zinsnede 'bij de ontbinding van het lichaam' is per 1 januari 1998 toegevoegd. Zie TK, vergaderjaar 1997-1998, 25 692, nr. 2, Voorstel van wet, blz. 6.

51. In art. 15b, eerste lid, onderdeel c, Wet Vpb. 1969, wordt de mogelijkheid ontnomen een concern te construeren door middel van uitgifte van preferente aandelen. Zie hieromtrent § 2.4.3.4.

52. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 3.

53. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8.

Een met het CFA-lichaam verbonden lichaam zou preferente aandelen kunnen uitgeven, waarna dit vermogen vervolgens wordt ondergebracht in het CFA-lichaam, alwaar het vermogen wordt aangewend voor concernfinancieringsactiviteiten. Strikt genomen heeft de uitgifte van preferente aandelen in deze situatie geen invloed op de omvang van het financieringsvermogen van het CFA-lichaam.

Ingeval een CFA-lichaam zowel gewone als preferente aandelen kent, dienen de financieringsactiviteiten aan de verschillende aandelen te worden toegerekend. De winst behaald met financieringsactiviteiten die zijn gefinancierd met preferent aandelenkapitaal behoort niet tot de concernfinancieringswinst. Het CFA-lichaam heeft er belang bij het gewone aandelenkapitaal toe te rekenen aan het concernfinancieringsvermogen. Alsdan behoort deze winst tot de reserveringsgrondslag van de risicoreserve. Voor beide vormen van aandelenkapitaal dient volgens de historische methode nauwkeurig vastgesteld te worden welke vermogensbestanddelen en de daarmee verband houdende resultaten daaraan toegerekend kunnen worden.⁵⁴ Een mathematische toerekening volstaat in beginsel niet.

5.2.2.6 *Uitzondering verliezen CFA-lichaam*

Ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 1°, behoren niet tot de concernfinancieringswinst de verliezen van het CFA-lichaam voorzover ter zake van deze verliezen een bedrag aan de risicoreserve wordt onttrokken en aan de winst wordt toegevoegd. Deze voorziening ziet uitsluitend op verliezen die het CFA-lichaam maakt met financieringsactiviteiten. Verliezen ter zake van het houden van deelnemingen of buitenlandse vaste inrichtingen behoren per definitie niet tot het financieringsresultaat. Zonder deze voorziening zou een verlies op een lening leiden tot een afname van de dotatiegrondslag, de financieringswinst is immers lager, terwijl ook belast aan de risicoreserve moet worden onttrokken.

Volgens de parlementaire toelichting voorkomt deze voorziening dat een verschil in behandeling ontstaat tussen de situatie dat het verlies ten laste komt van het CFA-lichaam zelf en de situatie dat dit verlies door een concernlichaam wordt geleden. In dit laatste geval komt het verlies immers ook niet ten laste van de concernfinancieringswinst.⁵⁵ Deze laatste opmerking is juist, maar hierbij dient aangetekend te worden dat een verlies uit een financieringsactiviteit geleden door een ander concernlichaam – in tegenstelling tot een financieringsverlies geleden bij het CFA-lichaam – geen aanleiding geeft tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve. Een verschil in behandeling tussen het CFA-lichaam en een ander concernlichaam kan eenvoudigweg niet optreden als de situaties niet gelijk zijn. Een verlies uit financieringsactiviteit bij het CFA-lichaam leidt tot een belaste onttrekking aan de reserve, terwijl een soortgelijk verlies bij een ander concernlichaam niet tot een onttrekking aan die reserve leidt. Voor laatstgenoemd verlies is de risicoreserve immers niet gevormd.

54. Voor een uitgebreide behandeling van de historische en mathematische methode zij verwezen naar § 5.2.2.1

55. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33 en 34. In de toelichting wordt als voorbeeld genoemd een liquidatieverlies dat de dotatiegrondslag zou verminderen. Een verlies dat samenhangt met het houden van een deelneming behoort evenwel per definitie niet tot het financieringsresultaat, en kan dus de dotatiegrondslag niet beïnvloeden.

Het door de staatssecretaris aangedragen argument van gelijkheid in behandeling is mitsdien weinig steekhoudend

De regel dat verliezen uit financieringsactiviteiten niet in mindering behoeven te komen op de financieringswinst, gaat slechts op voorzover ter zake van het verlies een bedrag belast aan de risicoreserve wordt onttrokken. Biedt de risicoreserve onvoldoende ruimte om een verlies van het CFA-lichaam belast aan de reserve te onttrekken, dan is voornoemde uitzondering niet van toepassing op het gedeelte van het verlies waarvoor geen belaste onttrekking kan plaatsvinden. Dat gedeelte komt mitsdien in mindering op de dotatiegrondslag.

Voorbeeld

CFA-lichaam X heeft een concernfinancieringswinst van 100. Daarnaast lijdt X ter zake van een afgewaardeerde concernlening een verlies van 40. De stand van de risicoreserve is 10. Ter zake van het verlies kan geen bedrag van 40, maar slechts een bedrag van 10 aan de risicoreserve worden onttrokken. Zou de stand van de risicoreserve toereikend zijn geweest, dan bedraagt de concernfinancieringswinst 100. Verliezen van het CFA-lichaam zelf behoeven immers niet in aanmerking te worden genomen. Nu de stand van de risicoreserve ontoereikend is, wordt slechts een verlies van 10 niet in aanmerking genomen. Het resterende verlies van 30 komt in mindering op de concernfinancieringswinst. De dotatiegrondslag bedraagt mitsdien 80% van 70, ofwel 56.

Ondanks dat een verlies uit een financieringsactiviteit in beginsel niet in mindering komt op de financieringswinst, kan een dergelijk verlies toch zijn invloed hebben op de dotatiegrondslag. Het verlies heeft namelijk invloed op het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam. Ingevolge art. 15b, derde lid, bedraagt het aan de risicoreserve toe te voegen bedrag niet meer dan 80% van het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam voor dotatie respectievelijk onttrekking aan de reserve.⁵⁶ Een verlaging van het belastbaar bedrag leidt mitsdien tot een lagere dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve. Het reserveringsplafond van 80% behoeft de dotatiemogelijkheid niet te beperken ingeval positieve, overige niet-financieringsresultaten worden behaald.

5.2.2.7 Compartimentering bij sfeerovergang

Uitsluitend de winst behaald met financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen kan worden gedoteerd aan de risicoreserve. Gedurende de periode dat financieringsactiviteiten worden verricht ten behoeve van een concernlichaam, kan het belang in dat betreffende lichaam dalen beneden de een derde. Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen. De vraag rijst hoe in die situatie moet worden gehandeld met betrekking tot bijvoorbeeld een lopende termijn van rente van een

⁵⁶ Zie § 5.5.2.3.

schuldvordering op een dergelijk lichaam. Dient de winst te worden gesplitst in een gedeelte dat betrekking heeft op het tijdvak waarin de lichamen nog verbonden waren, en een gedeelte dat is ontstaan in de niet-verbondenheidsperiode? Met andere woorden, moet de winst, analoog aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling, worden gecompartmenteerd, of is het regime van toepassing zoals dat geldt ten tijde van de winstrealisatie?⁵⁷ Tijdens de parlementaire behandeling is geen aandacht besteed aan een dergelijke sfeerovergang.

In het compartimenteringsarrest HR 2 juli 1986, BNB 1986/305, heeft de Hoge Raad voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling beslist dat het fiscale regime doorslaggevend is dat geldt in de periode waarin een voordeel opkomt.⁵⁸ In geschil was de vraag of de vervreemdingswinst behaald met de verkoop van een aandeel in een beleggingsinstelling onder de deelnemingsvrijstelling valt. Het aandeel was in waarde gestegen in de periode dat de deelnemingsvrijstelling van toepassing was. De Hoge Raad overweegt: 'Nu het onderwerpelijke voordeel reeds aanwezig was op een tijdstip, waarop de in art. 13, eerste lid, van de Wet geregelde vrijstelling van toepassing was, brengt een redelijke wettoepassing met zich die vrijstelling te doen gelden ook nu het voordeel eerst is gerealiseerd in een periode waarin de vrijstelling niet meer van toepassing was.'

In het kader van de deelnemingsvrijstelling wordt een voordeel gecompartmenteerd. Blijft de vraag in hoeverre de financieringswinst voor toepassing van de financieringsregeling gecompartmenteerd moet worden. Tijdens de parlementaire behandeling is ten aanzien van een verzoek tot verbondenheid opgemerkt dat na inwilliging van het verzoek de opbrengst uit de financieringsactiviteiten ten behoeve van dat lichaam, vanaf het moment van inwilliging behoort tot de financieringswinst.⁵⁹ De betekenis van de woorden 'vanaf het moment van ...' is niet duidelijk. Noch uit de wettekst, noch de uit parlementaire geschiedenis blijkt of de compartimenteringsgedachte moet worden gevolgd.

Aan de ene kant zou bepleit kunnen worden dat de omvang van de dotatie niet afhankelijk mag zijn van het moment waarop het financieringsvoordeel wordt ontvangen. Het voordeel zou in deze opvatting gecompartmenteerd moeten worden. Aan de andere kant zou gesteld kunnen worden dat de wetgever bij invoering van de concernfinancieringsregeling de compartimentering uitdrukkelijk had moeten regelen. Nu de wetgever dit heeft nagelaten, in een overigens uitvoerig en uitputtend

⁵⁷ Deze compartimenteringsvraag kan zich ook voordoen bij verliesrealisatie. Zie § 6.2.2.10.

⁵⁸ De compartimenteringsgedachte voor de deelnemingsvrijstelling is analoog aan de compartimentering voor toepassing van de landbouwwijziging. In HR 23 november 1955, BNB 1956/39 is beslist dat een tijdens de uitoefening van een landbouwbedrijf ontstane waardevermeerdering van de grond vrijgesteld is, ofschoon de boekwinst eerst wordt gerealiseerd nadat de grond een andere bestemming had. Zie omtrent compartimentering voor toepassing van de landbouwwijziging G.H.J. Tuinje, Compartimentering voorkomt willekeurige resultaten. Boeren moeten hun winst uittellen, Weekblad 1990, blz. 1463-1469.

⁵⁹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31.

behandelde regeling, zou compartimentering achterwege moeten blijven. Naar mijn mening dient laatstgenoemde zienswijze gevolgd te worden. Indien de wetgever een compartimentering van financieringswinsten zou hebben beoogd, zou hij dit uitdrukkelijk geregeld moeten hebben. Met name gezien de voor het overige uitvoerig en uitputtend geregelde voorschriften van art. 15b. Voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling dient een financieringsvoordeel te worden beoordeeld op basis van het regime zoals dat ten tijde van winstrealisatie van toepassing is. Is op dat moment sprake van verbondenheid, dan kan de winst aan de risicoreserve worden gedoteerd. Het compartimenteringsarrest ter zake van de deelnemingsvrijstelling dient naar mijn mening niet geprojecteerd te worden op de behandeling van winsten voor toepassing van de financieringsregeling.⁶⁰

5.2.3 Voordelen samenhangende met eerdere onttrekking

Volgens de staatssecretaris vloeit uit het systeem van de wet voort dat aan de risicoreserve mag worden toegevoegd de opwaarderingswinst:

- a. van in een eerder stadium afgewaardeerde leningen,
- b. van niet onder de deelnemingsvrijstelling vallende participaties, alsmede
- c. van door toepassing van art. 13ca tijdelijk afgewaardeerde deelnemingen.⁶¹

Op basis van de wetssystematiek behoort evenwel slechts de door het CFA-lichaam zelf behaalde opwaarderingswinst ter zake van afgewaardeerde concernleningen tot de concernfinancieringswinst. Deze winst kan mitsdien aan de risicoreserve worden gedoteerd. De opwaarderingswinst ter zake van afgewaardeerde deelnemingen kan niet op grond van de wetssystematiek worden gereserveerd. Op advies van de Raad van State is derhalve in de wettekst uitdrukkelijk geregeld dat voordelen samenhangende met eerdere onttrekkingen aan de risicoreserve kunnen worden toegevoegd.⁶² De strekking hiervan is dat herstel van de risicoreserve kan plaatsvinden. Ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, Wet Vpb. 1969 behoren tot de concernfinancieringswinst:

- a. de positieve voordelen, die
- b. onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van andere concernlichamen, en welke
- c. samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid, waarvoor het CFA-lichaam een bedrag uit de reserve aan de winst heeft toegevoegd.

60. Dezelfde conclusie is getrokken ten aanzien van de compartimentering van verliezen. Zie § 6.2.2.10

61. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en nader rapport, blz. 11.

62. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en nader rapport, blz. 11.

In het derde lid van art. 15b is bepaald dat het voordeel niet slechts voor ten hoogste 80% maar voor maximaal 100% aan de risicoreserve kan worden gedoteerd. Een verhoging tot 100% vindt slechts plaats voorzover de dotatie aan de risicoreserve niet hoger is dan de destijds belaste onttrekking.

Voorbeeld:

Een tot het concern behorend lichaam boekt in jaar 1 een niet-onderworpen deelneming af van 100 naar 75. Het concernlichaam brengt een verlies van 25 ten laste van haar winst. Ter zake van deze afwaardering wordt in jaar 1 bij het CFA-lichaam een bedrag van 25 aan de risicoreserve onttrokken en aan haar winst toegevoegd. Bij verkoop in jaar 4 blijkt de waarde van de deelneming te zijn gestegen van 75 naar 110. Het concernlichaam realiseert een winst van 35. Een bedrag van maximaal 25 kan ter zake hiervan aan de risicoreserve worden gedoteerd.

5.2.3.1 Positief voordeel ten laste van de winst

Ingevolge de parlementaire toelichting behoort het positieve voordeel van andere concernlichamen tot de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam, welke het voordeel geheel aan de risicoreserve kan toevoegen.⁶³ De vraag rijst of als gevolg van de dotatie aan de risicoreserve de winst van het concernlichaam teruggebracht wordt met het bedrag van de dotatie, of behoort een dergelijk positief voordeel tegelijkertijd tot de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam en de normaal belaste winst van het concernlichaam. In de memorie van toelichting is hieromtrent het volgende opgemerkt: 'Bij de onderneming die de reserve aanhoudt, behoort deze *belaste* (cursivering AvS) opwaardering tot de concernfinancieringswinst, die geheel aan de reserve kan worden toegevoegd.'⁶⁴ Uit deze opmerking kan afgeleid worden dat een voordeel ex art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, tot de normaal belaste winst van het concernlichaam behoort, en tevens de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam verhoogd.

In de nota naar aanleiding van het nader verslag bevestigt de staatssecretaris voornoemde opmerking: 'Ik kan bevestigen dat in die situatie art. 15b, derde lid, tweede volzin, leidt tot een dotatie aan de reserve ter grootte van het bedrag dat gelijk is aan het bedrag waarop bij het andere Nederlandse concernlichaam afrekening plaatsvindt op grond van artikel 13c. (...) Wellicht ten overvloede merk ik op dat het niet zo is dat de twee methodieken samenvallen. Het is dus niet zo, zoals de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs lijkt te stellen, dat artikel 15b, derde lid, tweede volzin ertoe leidt dat een eventuele afrekening op grond van artikel 13c tot dotatie dient te leiden

63. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 37

64. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 37

en dat bij het lichaam dat de deelneming houdt waarop artikel 13c van toepassing is, winstneming achterwege kan blijven.’⁶⁵

Voorbeeld:

Bouwman schetst het volgende voorbeeld aan de hand van voornoemde uitleg.⁶⁶

Concernlichaam Y lijdt op grond van art. 13ca Wet Vpb. 1969 een verlies op haar werkmatschappij van 200. Door dit verlies dient een bedrag van 200 aan de risicoreserve van CFA-lichaam X te worden onttrokken. De winst van X stijgt met 200. Na vier jaar wordt het verlies ingelopen, en worden de aandelen weer op de oorspronkelijke verkrijgingsprijs gewaardeerd. De opwaardering van 200 behoort tot de winst van Y. Tegelijkertijd behoort de opwaarderingswinst tot de concernfinancieringswinst van X, welke de winst in zijn geheel doteert aan de risicoreserve. De risicoreserve is weer op haar oude niveau gebracht.

Uit dit voorbeeld blijkt dat de risicoreserve weliswaar weer op haar oude niveau is teruggekeerd, maar dat per saldo een bedrag van 200 tot de normaal belaste winst behoort. De oorzaak hiervan is dat de opwaarderingswinst bij het concernlichaam tot de normaal belaste winst wordt gerekend, ondanks dat een bedrag ter grootte van deze winst aan de risicoreserve kan worden gedoteerd.

De Haan, Perik en Van Scheijndel leggen art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, eveneens uit conform de toelichting van de staatssecretaris. De normaal belaste winst van het concernlichaam wordt niet verminderd met het bedrag dat ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, tot de concernfinancieringswinst behoort.⁶⁷ Zij merken dienaangaande het volgende op: ‘indien in jaar 1 in verband met een afwaarderingsverlies 1000 aan de reserve belast is onttrokken, wordt in jaar 3 – stel de afwaarderingswinst is goedge maakt en leidt tot belastingheffing elders binnen de Nederlandse tak van het concern – tot maximaal 1000 weer aan de reserve toegevoegd.’

Met de uitbreiding van het begrip ‘concernfinancieringswinst’ is slechts een technische correctie beoogd, welke de risicoreserve weer op het oud niveau terugbrengt nadat daaruit in een eerder stadium belast is onttrokken. Om neutraliteit te bewerkstelligen dient evenwel ook de eertijds belaste onttrekking aan de risicoreserve ongedaan te worden gemaakt. Dit kan geschieden door de normaal belaste winst van het andere concernlichaam te verminderen met het bedrag dat ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, tot de concernfinancieringswinst behoort. Faber en Van der Geld zijn deze mening toegedaan. Zij merken op dat de normaal belaste herwaarderingswinst van een ander concernlichaam voor 100% wordt toegevoegd aan de risi-

65. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 34

66. J.N. Bouwman, De nieuwe financiële risicoreserve in de vennootschapsbelasting, Forfaitair, april 1997, blz. 6.

67. P.M. de Haan, R.G.M. Perik en M.P. van Scheijndel, Winstdrainage en concernfinanciering, FED Deventer, 1997, blz. 86.

coreserve.⁶⁸ Daniels lijkt eveneens deze mening te zijn toegedaan.⁶⁹ Hij merkt op dat de belaste onttrekking aan de reserve ongedaan moet worden gemaakt. Deze correctiepost vinden we volgens hem in het eerste lid, onderdeel b, 2°, waar de opwaardering tot de concernfinancieringswinst wordt gerekend.

Behalve dat voornoemde uitleg van Daniels niet overeenkomstig de uitleg van de staatssecretaris is, kan naar mijn mening een concernlichaam dat geen risicoreserve vormt geen bedrag ten laste van haar winst aan de risicoreserve doteren. Dit lichaam dient haar winst vast te stellen conform het bepaalde in art. 8 Wet Vpb. 1969. Deze regels staan niet toe dat een concernlichaam een bedrag ten laste van haar normaal belaste winst brengt, voor dotatie aan de risicoreserve. Een technische neutrale correctie kan mitsdien niet langs deze weg worden gerealiseerd.

Neutraliteit kan wel worden bewerkstelligd indien het CFA-lichaam een bedrag gelijk aan het positieve voordeel ingevolge onderdeel b, 2°, aan de risicoreserve dooteert, en tegelijkertijd ten laste van haar eigen normaal belaste winst brengt.⁷⁰ In het verleden is immers ter zake van een door het concernlichaam geleden verlies een bedrag aan de risicoreserve onttrokken en aan de normaal belaste winst van het CFA-lichaam toegevoegd. Indien in een later jaar het in het verleden geleden verlies ongedaan wordt gemaakt, dient ten behoeve van de neutraliteit het aan de winst van het CFA-lichaam toegevoegde bedrag te worden teruggenomen. Deze zienswijze doet volledig recht aan de neutraliteitsgedachte van onderdeel b, 2°. Bovendien sluit deze zienswijze aan bij de aanhef van art. 15b, derde lid, welke als volgt luidt:

'Het ten laste van de winst van een jaar aan de reserve toe te voegen bedrag beloopt ten hoogste 80% van de in dat jaar behaalde concernfinancieringswinst . . '.

Tot de concernfinancieringswinst behoren onder meer de positieve voordelen van andere concernlichamen die samenhangen met eerdere onttrekkingen. Ook de positieve voordelen zouden derhalve ten laste van enige winst aan de risicoreserve gedoteerd moeten kunnen worden.

Voorwaarde VI.4 van de modelbeschikking bepaalt dat ingeval art. 13c Wet Vpb. 1969 toepassing vindt, het bedrag van de bij het andere concernlichaam belaste deelnemingswinst, bij het CFA-lichaam ten laste van de concernfinancieringswinst aan

68. S.E. Faber en J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, Weekblad 1996, blz 760

69. A.H.M. Daniels, Concernfinanciering, TFO 1997, blz 57

70. Het onderscheid tussen normaal belaste winst en concernfinancieringswinst is enigszins kunstmatig. 20% van de concernfinancieringswinst is immers ook normaal belast. Met het onderscheid is slechts beoogd aan te geven dat een last welke drukt op de normaal belaste winst, voor het geheel ten laste komt van de winst welke naar het reguliere tarief is belast. Komt een last in mindering op de concernfinancieringswinst dan betekent dat in beginsel slechts 20% van deze last in mindering komt op de regulier belaste winst

de risicoreserve wordt gedoteerd.⁷¹ Wellicht zou aan deze voorwaarde ontleend kunnen worden dat ook andere positieve voordelen welke op basis van art 15b, derde lid, tweede volzin kunnen worden gereserveerd, ten laste komen van de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam zelf. Opmerkelijk is dat volgens voorwaarde VI 4 de dotatie niet plaatsvindt ten laste van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam, maar ten laste van de concernfinancieringswinst. De financieringswinst kan immers al voor 80% worden gereserveerd. Door nu een 100% dotatie ten laste van de financieringswinst toe te staan bedraagt het voordeel voor het CFA-lichaam slechts maximaal 7 % van de financieringswinst. Het andere concernlichaam moet daarentegen over het positieve voordeel afrekenen tegen een tarief van 35%. Deze uitkomst doet geen recht aan de neutraliteitsgedachte. Teneinde een neutrale correctie van de risicoreserve te bewerkstelligen, dient een toevoeging aan de risicoreserve tegelijkertijd te leiden tot een afname van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam. Deze gevolgtrekking valt evenwel noch uit de parlementaire behandeling, noch uit de modelbeschikking af te leiden.

Art 15b, eerste lid, bepaalt dat het positieve voordeel van een ander concernlichaam tot de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam behoort. De aanhef van het derde lid bepaalt dat de dotatie van de concernfinancieringswinst aan de risicoreserve ten laste van 'de winst' wordt gebracht.⁷² Zou hiermede de concernfinancieringswinst zijn bedoeld, dan zou dit begrip wel gebruikt zijn. Het begrip 'concernfinancieringswinst' is immers gedefinieerd in art 15b, eerste lid. Uit de parlementaire toelichting volgt dat een toevoeging aan de concernfinancieringswinst niet ten laste van de normaal belaste winst van het andere concernlichaam kan worden gebracht. Om een neutrale correctie van de risicoreserve te realiseren, dient een dergelijke toevoeging ten laste van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam te worden gebracht. Destijds is ter zake van een verlies een bedrag aan de reserve onttrokken en aan de winst van het CFA-lichaam toegevoegd. Ingeval enige tijd later een (opwaarderings)winst wordt gerealiseerd, kan deze winst geheel aan de risicoreserve worden gedoteerd. De risicoreserve wordt op haar oude niveau teruggebracht. Daar art 15b, eerste lid, b, 2°, een technische correctie beoogt, ligt het voor de hand een gelijk bedrag ten laste van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam te brengen. Alsdan wordt de eerdere belaste onttrekking ongedaan gemaakt.

Voorbeeld.

De casus is identiek aan voorgaand voorbeeld van Bouwman. Concernlichaam Y lijdt een verlies van 200. Een bedrag van 200 wordt aan de risicoreserve onttrokken en aan de (normaal belaste) winst van X toegevoegd. Na vier jaar bedraagt de herwaarderingswinst 200. Deze opwaardering van 200 behoort tot de winst van Y. Tegelijkertijd behoort de opwaarderingswinst tot de concernfinancieringswinst van X, welke de winst in zijn geheel doteert aan de risicore-

⁷¹ Zie § 3.4.10.4.

⁷² Ook het gebruik van het woordje 'de' suggereert dat bedoeld wordt op de winst van het CFA-lichaam.

serve. De risicoreserve is weer op haar oude niveau gebracht. Daar de concernfinancieringswinst ten laste van 'de winst' aan de risicoreserve wordt toegevoegd, neemt de normaal belaste winst van X af met een bedrag van 200.⁷³ De eerdere winstnemung wordt hiermede ongedaan gemaakt.

Doordat bij het CFA-lichaam tegelijkertijd een toevoeging aan de concernfinancieringswinst plaatsvindt en een afname van de normaal belaste winst voor hetzelfde bedrag, ondergaat het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam geen wijziging. Indien het CFA-lichaam geen andere, niet-financieringswinsten genereert, zal de toevoeging aan de financieringswinst niet daadwerkelijk tot reservering leiden. De dotatie is immers beperkt tot 80% van het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam.⁷⁴ Slechts voorzover het positieve voordeel daadwerkelijk tot reservering leidt, zal een bedrag in mindering komen op de normaal belaste winst van het CFA-lichaam. Als gevolg van het dotatiemaximum wordt in dat geval de neutraliteitsgedachte van onderdeel b, 2°, niet gerealiseerd.

5.2.3.2 Begrip 'positieve voordelen'

Het begrip 'positieve voordelen' is reeds gekend in art. 13a Wet Vpb. 1969. Dit begrip is afgeleid van de term 'voordelen' zoals gebezigd in art. 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969. Het begrip 'voordelen' in de deelnemingsvrijstelling is een algebraïsch begrip, hetgeen betekent dat het zowel voor- als nadelen omvat.⁷⁵

Meer discutabel is de vraag of het begrip 'voordeel' bruto dan wel netto moet worden uitgelegd. In art. 7 Wet IB 1964 is het begrip 'winst' geformuleerd als 'het bedrag van de gezamenlijke voordelen'. Daar winst opgevat wordt als een nettobegrip, zou dit wijzen op een nettobegrip voordelen. Uit de parlementaire behandeling van art. 13 Wet Vpb. 1969 blijkt evenwel dat het begrip 'voordeel' bruto moeten worden uitgelegd. In de memorie van toelichting is namelijk het volgende opgemerkt: 'De in het eerste lid van art. 12 (volgens definitieve tekst art. 13; AvS) gebezigde term 'voordelen' heeft betrekking op het saldo van bepaalde positieve en negatieve *bruto*-bedragen (cursivering AvS).'⁷⁶ In de memorie van antwoord is deze zienswijze nogmaals herhaald: 'De ondergetekenden hebben gemeend in deze verhouding de vrij-

73. Een onderscheid tussen de normaal belaste winst en de concernfinancieringswinst is strikt genomen niet juist. Van de concernfinancieringswinst is immers in beginsel 20% ook normaal belast. Ontplooit het CFA-lichaam X uitsluitend financieringsactiviteiten, dan leidt een afname van de normaal belaste winst met 200 ertoe dat de 20% normaal belaste financieringswinst verminderd wordt met een bedrag van 200. Wordt in het geheel geen winst gerealiseerd dan zal het verlies van 200 mogelijk achterwaarts kunnen worden verrekend met de onttrekking die in een eerder stadium aan de winst van X is toegevoegd.

74. Zie § 5.5.2

75. TK, vergaderjaar 1959-1960, 6000, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 20 lk. 'Het in de eerste volzin van het eerste lid gebezigde begrip "voordelen" omvat dus, evenals het begrip voordelen in bijv. art. 7 van het ontwerp van de Wet op de inkomstenbelasting 1960, evenzeer de negatieve resultaten.'

76. TK, vergaderjaar 1959-1960, 6000, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 20 rk.

stelling voor het *brutobedrag* (cursivering AvS) te moeten geven om het weinig gelukkige effect van de huidige regeling te vermijden dat de met de deelneming samenhangende kosten noch bij de moedermaatschappij noch bij de dochtermaatschappij in aftrek kunnen komen.⁷⁷

Behalve uit de parlementaire geschiedenis blijkt ook uit de jurisprudentie dat het begrip 'voordelen' bruto moet worden uitgelegd. In HR 19 oktober 1988, BNB 1989/43 is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling namelijk bepaald dat de kosten ter zake van de verkoop van een binnenlandse deelneming ten laste van de winst komen. Met andere woorden, de kosten verband houdende met een deelneming komen voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet in mindering op het uit hoofde van de deelneming opgekomen brutovoordeel.⁷⁸

Op basis van het vorenstaande is de conclusie gerechtvaardigd dat het begrip 'positieve voordelen' een brutobegrip is dat negatieve voordelen uitsluit. Het vraagstuk van de kostentoerekening speelt geen rol. Het positieve voordeel in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, kan bestaan uit opwaarderings- of vervreemdingswinst, vaste inrichtingswinst in de inhaalperiode, en voordelen ingevolge art. 13c Wet Vpb. 1969.

5.2.3.2.1 Opwaarderingswinst leningen

Verliezen uit financieringsactiviteit kunnen bijvoorbeeld ontstaan door afwaardering van concernleningen. Lijdt het CFA-lichaam een dergelijk financieringsverlies, dan moet een bedrag ter grootte van het nadeel aan de risicoreserve worden onttrokken. Financieringsverliezen geleden door andere concernlichamen behoeven niet aan de risicoreserve onttrokken te worden. Een ander concernlichaam kan mitsdien geen positieve voordelen behalen die samenhangen met financieringsactiviteiten ter zake waarvan in een eerder stadium een bedrag aan de risicoreserve is onttrokken. Uitsluitend het CFA-lichaam zelf kan een voordeel behalen dat samenhangt met een financieringsactiviteit ter zake waarvan in een eerder stadium een onttrekking heeft plaatsgevonden. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de opwaardering van een (afgewaardeerde) concernlening. Een dergelijk voordeel behoort evenwel niet tot de concernfinancieringswinst op grond van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, maar op basis van onderdeel b, 1°. Onderdeel b, 2° ziet immers alleen op voordelen behaald door andere concernlichamen. Het voordeel kan ingevolge het derde lid voor maximaal 100% aan de risicoreserve worden gedoteerd.⁷⁹

77 TK, vergaderjaar 1962-1963, 6000, nr. 9, Memorie van antwoord, blz. 25 lk

78 Zie ook conclusie van D. Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1974, blz. 76

79 Zie § 5.4.3.2

De redactie van De Vakstudie is van mening dat ook een ander concernlichaam de voordelen uit financieringsactiviteiten aan de risicoreserve kan doteren.⁸⁰ Zij schetsen de volgende situatie.

Een CFA-lichaam heeft een deelneming welke wordt geliquideerd. Het liquidatieverlies is 40. Ter zake daarvan vindt een belaste onttrekking plaats aan de risicoreserve. Een ander concernlichaam incasseert op haar vordering op dezelfde deelneming als gevolg van de liquidatie 30 meer dan de (afgewaardeerde) boekwaarde.

Volgens de redactie van De Vakstudie kan het positieve resultaat van het andere concernlichaam ad 30 op grond van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, tot de financieringswinst worden gerekend. Hierbij wordt waarschijnlijk verondersteld dat het risico dat samenhangt met de door het CFA-lichaam gehouden deelneming (het liquidatieverlies) eenzelfde risico betreft als dat samenhangt met de door het concernlichaam verrichte financieringsactiviteit (het verstrekken van een geldlening). Deze zienswijze is mijns inziens niet in overeenstemming met de systematiek en de strekking van de concernfinancieringsregeling. Het betreft twee verschillende risico's, waarbij ter zake van de opgewaardeerde concernlening in het verleden bij de afwaardering geen bedrag aan de risicoreserve is onttrokken. Een ander concernlichaam kan geen voordeel uit financieringsactiviteiten op basis van onderdeel b, 2° aan de risicoreserve doteren.

5.2.3.2.2 Opwaarderingswinst deelnemingen

Met risico's ter zake van het houden van deelnemingen moet worden gedacht aan afwaarderingsverliezen ex art. 13ca, afwaarderingsverliezen op niet-onderworpen deelnemingen en liquidatieverliezen ex art. 13d Wet Vpb. 1969. Lijdt het CFA-lichaam of een concernlichaam een dergelijk verlies dan dient het CFA-lichaam een bedrag gelijk aan het nadeel aan de risicoreserve te onttrekken en aan de winst toe te voegen. Wordt in een later jaar door een concernlichaam een opwaarderingswinst genoten, dan behoort deze winst tot de concernfinancieringswinst.⁸¹ Geniet het CFA-lichaam een dergelijke winst, dan behoort deze niet tot de concernfinancieringswinst.

De staatssecretaris merkt op dat de opwaarderingswinst van niet onder de deelnemingsvrijstelling vallende participaties mag worden gereserveerd.⁸² Deze opmerking behoeft enige nuancering. Immers, niet alle opwaarderingswinst ter zake van niet onder de deelnemingsvrijstelling vallende participaties kan aan de risicoreserve worden gedoteerd. Ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, Wet Vpb. 1969 kunnen slechts positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid, onderdeel uitmaken van de concernfinancieringswinst. Daar de risicoreserve niet wordt gevormd voor risico's verband houdende met het houden van

⁸⁰ Redactie Vakstudie, Vennootschapsbelasting, art. 15b, aantekening 30 (suppl. 402, november 1996).

⁸¹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33.

⁸² TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en nader rapport, blz. 11.

buitenlandse participaties die als belegging worden aangemerkt,⁸³ behoort de opwaarderingswinst die op grond van art. 28b Wet Vpb. 1969 tot de winst moet worden gerekend, niet tot de concernfinancieringswinst.⁸⁴ Ook de opwaarderingswinst op aandelen in een passieve buitenlandse financieringsmaatschappij vormt om die reden geen onderdeel van de financieringswinst. Daar de risicoreserve wel gevormd wordt voor risico's die verbonden zijn aan het houden van niet-onderworpen deelnemingen, kan de opwaarderingswinst ter zake van deze deelnemingen tot de financieringswinst worden gerekend, mits de winst is genoten door een ander concernlichaam dan het CFA-lichaam. Uiteraard dient in een eerder stadium ter zake van deze deelnemingen wel een bedrag belast aan de risicoreserve te zijn onttrokken.

Opwaardering op basis van artikel 13ca Wet Vpb. 1969 dient plaats te vinden tot het bedrag van de afwaardering weer is goedge maakt. Wordt de betreffende deelneming vervreemd, daalt het belang beneden de 25% of vindt liquidatie van de deelneming plaats, voordat het afwaarderingsverlies van art. 13ca is goedge maakt, dan zal de deelneming opgewaardeerd moeten worden tot het opgeofferde bedrag. Bij het concernlichaam behoort deze opwaardering tot de winst. Bij het CFA-lichaam behoort deze belaste opwaardering tot de concernfinancieringswinst, die geheel aan de reserve kan worden toegevoegd.⁸⁵ Tegelijkertijd brengt het CFA-lichaam een bedrag gelijk aan de reservering, ten laste van haar normaal belaste winst.⁸⁶

5.2.3.2.3 Inhaalregeling en art. 13c Wet Vpb. 1969

Een in Nederland gevestigd lichaam is in beginsel vennootschapsbelasting verschuldigd over de wereldwinst. Dit brengt met zich mee dat een verlies uit een buitenlandse vaste inrichting in mindering komt op het overig inkomen. Indien een dergelijk vaste inrichtingsverlies in mindering komt op de in Nederland belastbare winst van een concernlichaam, dan wordt het bedrag van het verlies bij het CFA-lichaam belast aan de risicoreserve onttrokken.⁸⁷

Wanneer in een volgend jaar een positief buitenlands inkomen wordt genoten, wordt volgens de inhaalregeling van art. 3, vierde lid, Bvdb 1989, op dit inkomen het verlies uit het voorgaande jaar in mindering gebracht.⁸⁸ Op deze wijze wordt in het jaar

83 Zie § 4.3.2

84 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 48. Aandelen in buitenlandse participaties die als belegging worden aangemerkt, kunnen evenmin tot de overnamekas worden gerekend aangezien deze aandelen niet als kortlopende beleggingen zijn aan te merken.

85 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 37.

86 Zie § 5.2.3.1

87 Zie § 6.2.2.5

88 Ook een verlies uit een buitenlandse vaste inrichting waarvan de werkzaamheden grotendeels bestaan uit beleggen of passieve financieringsactiviteiten komt in mindering op de wereldwinst. Ingevolge art. 10, tweede lid, Bvdb 1989, wordt een dergelijk verlies niet tot het buitenlands onzuiver inkomen gerekend. De met deze activiteiten gegenereerde winst in een volgend jaar behoort evenmin tot het →

met het positief buitenlands inkomen de belastingvrijstelling gereduceerd, teneinde te voorkomen dat te weinig belasting wordt geheven over het totale Nederlandse inkomen. De vaste inrichtingswinst die in de zogenaamde 'inhaalperiode' bij een concernlichaam in de Nederlandse belastingheffing wordt betrokken, kan ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2° jo derde lid, tweede volzin, Wet Vpb. 1969, volledig aan de risicoreserve worden gedoteerd.⁸⁹ Geniet het CFA-lichaam een dergelijk voordeel, dan behoort deze winst niet tot de concernfinancieringswinst.

Ook de voordelen die ingevolge art. 13c Wet Vpb. 1969 bij een concernlichaam tot de belastbare winst worden gerekend, kunnen worden gereserveerd.⁹⁰ Art. 13c vindt toepassing indien voorafgaand aan de omzetting van een vaste inrichting in een deelneming vaste inrichtingsverliezen zijn geleden. De deelnemingsvrijstelling is alsdan niet van toepassing op voordelen uit die deelneming, tot het bedrag van het vaste inrichtingsverlies.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een Nederlandse 100%-deelneming Y met een vaste inrichting in België. Het inkomen van deelneming Y over de jaren 1 en 2 is als volgt opgebouwd:

	inkomen Nederland	inkomen België	wereldinkomen	belasting (35%)
jaar 1	500	- 300	200	70
jaar 2	500	400	900	315

Indien in jaar 2 belastingvrijstelling zou worden verleend voor 400/900 van 315, is slechts 175 aan belasting verschuldigd. Over beide jaren zou in Nederland in totaal slechts 245 belasting verschuldigd zijn, terwijl het inkomen uit Nederland over beide jaren in totaal 1000 bedraagt. Teneinde dit effect te voorkomen wordt door toepassing van de inhaalregeling in jaar 2 slechts belastingvrijstelling verleend voor $(400 - 300) / 900 \times 315$, ofwel een bedrag van 35. Alsdan is Y over beide jaren in totaal 350 aan belasting verschuldigd.

Het verlies in jaar 1 bij deelneming Y leidt tot een belaste vrijval van de risicoreserve ten bedrage van 300. CFA-lichaam X dient mitsdien een bedrag van 300 tot haar winst te rekenen. Bij toepassing van de inhaalregeling in jaar 2 kan X een bedrag van 300 aan de risicoreserve doteren.

Wordt na jaar 1 de vaste inrichting omgezet in een deelneming, dan vindt ingevolge art. 13c Wet Vpb. 1969 in jaar 2 de deelnemingsvrijstelling slechts toepassing voor een bedrag van 100. Indien Y de voordelen van de Belgische deelneming geniet, wordt een bedrag van 300

buitenlands onzuiver inkomen. Ter zake van deze winst wordt derhalve in beginsel geen belastingvrijstelling verleend. De inhaalregeling behoeft in die situatie geen toepassing te vinden.

⁸⁹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 10.

⁹⁰ TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 34. Zie § 3.4.10.4.

tot de winst van Y gerekend. Alsdan kan het CFA-lichaam een bedrag van 300 aan de risicoreserve doteren.

Het concernlichaam heeft de keuze om de inhaalregeling en art. 13c niet toe te passen. De positieve opbrengsten kunnen dan niet aan de risicoreserve worden gedoteerd.⁹¹ Deze keuzemogelijkheid is met name aantrekkelijk indien de positieve opbrengsten als gevolg van het dotatiemaximum niet gereserveerd kunnen worden. Ook indien de wettekst zodanig wordt uitgelegd dat een positief voordeel slechts ten laste komt van de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam, of zelfs niet ten laste van enige winst,⁹² kan het concern neutraliteit bewerkstelligen door van de keuzemogelijkheid gebruik te maken.

5.2.3.3 *Tot de in Nederland belastbare winst van ander concernlichaam*

Teneinde te kwalificeren als concernfinancieringswinst dient het positieve voordeel tot de in Nederland belastbare winst van het concernlichaam te behoren. Het voordeel kan slechts tot de financieringswinst behoren voorzover zich in het verleden voor het betreffende risico een belaste onttrekking ingevolge art. 15b, vierde lid, heeft voorgedaan. Een belaste onttrekking vindt plaats ter zake van verliezen die in Nederland ten laste van de winst komen. Ingeval verliezen indertijd ten laste van de winst zijn gebracht, zal gezien de wetssymmetrie, een later genoten voordeel veelal tot de belastbare winst worden gerekend. De voorwaarde dat het positieve voordeel tot de in Nederland belastbare winst van het concernlichaam moet behoren, is mitsdien slechts relevant voor asymmetrische situaties. Bijvoorbeeld in de situatie dat een verlies ter zake van een niet-onderworpen deelneming ten laste van de belastbare winst komt, terwijl ten tijde van de opwaardering de deelneming wel onderworpen is en dus onder de deelnemingsvrijstelling valt.

De vraag rijst waarom de technische correctie van onderdeel b, 2°, beperkt blijft tot positieve voordelen welke onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van andere concernlichamen. Gezien de strekking van onderdeel b, 2°, zou een correctie zich mijns inziens ook uit moeten strekken over positieve voordelen van het CFA-lichaam zelf. Gelet op de ratio van onderdeel b, 2°, ontgaat mij een verschil in fiscale benadering van de volgende situaties:

a. Concernlichaam Y lijdt in jaar 1 een vaste-inrichtingsverlies van 75. CFA-lichaam X onttrekt een bedrag van 75 aan de risicoreserve en voegt dit toe aan haar winst. In jaar 3 vindt de inhaalregeling toepassing. Y dient een bedrag van 75 tot haar winst te rekenen. Een bedrag van 75 kan worden toegevoegd aan de concernfinancierings-

⁹¹ Zie § 5.2.3.5 en § 3.4.10.1

⁹² Zie § 5.2.3.1.

winst welke in haar geheel kan worden gedoteerd aan de risicoreserve. De risicoreserve bereikt weer haar oude niveau.

b. CFA-lichaam X lijdt in jaar 1 een vaste-inrichtingsverlies van 75. X onttrekt een bedrag van 75 aan de risicoreserve en voegt dit toe aan haar normaal belaste winst. In jaar 3 dient X als gevolg van de inhaalregeling 75 tot haar winst te rekenen. Geen bedrag kan worden toegevoegd aan de concernfinancieringswinst. De risicoreserve bereikt niet haar oude niveau. Een bedrag van 75 is blijvend belast onttrokken aan de risicoreserve.

Met onderdeel b, 2°, is een technische correctie beoogd van de risicoreserve, aangezien deze niet blijvend verminderd blijkt te zijn. De huidige tekst van onderdeel b, 2°, doet onvoldoende recht aan deze strekking. Het verdient aanbeveling de tekst zodanig aan te passen dat ook positieve voordelen die onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van het CFA-lichaam, tot de concernfinancieringswinst behoren. Een dergelijke aanpassing ziet uitsluitend op de voordelen die samenhangen met het houden van deelnemingen en het drijven van een onderneming met een buitenlandse vaste inrichting. De positieve voordelen die verband houden met concernfinancieringsactiviteiten, zoals bijvoorbeeld de opwaardering van een concernlening, behoren op basis van onderdeel b, 1°, reeds tot de concernfinancieringswinst.

5.2.3.4 *Risico's eerste lid*

De positieve voordelen moeten samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid, waarvoor het CFA-lichaam een bedrag belast aan de risicoreserve heeft onttrokken. Met de risico's als bedoeld in het eerste lid wordt bedoeld op verliezen ter zake van financieringsactiviteiten, het houden van deelnemingen en ter zake van buitenlandse vaste inrichtingen. Voor een uitgebreide behandeling van de verliezen ter zake waarvan een bedrag belast aan de risicoreserve wordt onttrokken, zij verwezen naar § 6.2.2.

Het risico ter zake waarvan het andere concernlichaam een positief voordeel behaalt dient in beginsel eenzelfde risico te zijn als waarvoor het CFA-lichaam in een eerder stadium een bedrag belast aan de risicoreserve heeft onttrokken.⁹³ Volgens de redac-

93. Een deelnemingsvoordeel ingevolge art. 13c Wet Vpb 1969 kan worden gereserveerd indien voorafgaand aan de omzetting van een vaste inrichting in een deelneming, vaste inrichtingsverliezen ten laste van de risicoreserve zijn gebracht. In het verleden is een vaste inrichtingsverlies geleden, terwijl in een later jaar een voordeel uit een deelneming wordt gereserveerd. Bij deze situatie zou de vraag gesteld kunnen worden in hoeverre strikt genomen sprake is van een hetzelfde risico. Dat een voordeel ex art. 13c tot reservering kan leiden is gebaseerd op een toezegging die is gedaan tijdens de parlementaire behandeling. Deze toezegging is gedaan omdat in een (vergelijkbare) situatie dat een vaste inrichting – waarna vaste inrichtingsverliezen zijn geleden – in stand blijft, de staatssecretaris reeds had toegezegd dat toepassing van de inhaalregeling in een later jaar tot dotatie kan leiden.

tie van De Vakstudie kan de wettekst daarbij niet anders worden verstaan dan dat het gaat om onttrekkingen in hetzelfde jaar als waarin het voordeel wordt genoten. Als voorbeeld wordt gegeven de opwaarderingswinst welke een concernlichaam geniet ter zake van een geldlening verstrekt aan een deelneming, ten aanzien waarvan het CFA-lichaam in hetzelfde jaar een liquidatieverlies lijdt. Onttrekkingen ter zake van hetzelfde risico, gedaan in eerdere jaren, spelen volgens de redactie geen rol.⁹⁴ Afgezien van het feit dat het in het voorbeeld twee verschillende risico's betreft, kent de wettekst geen beperking ten aanzien van de periode waarbinnen de belaste onttrekking en het positieve voordeel zich moeten hebben gemanifesteerd. Uit de parlementaire behandeling blijkt evenmin dat een dergelijke beperking is bedoeld. In de toelichting is het volgende opgemerkt: 'In het *verleden* is voor het afwaarderingsverlies aan de reserve belast onttrokken. Nu de afwaardering weer wordt goed gemaakt, mag tot maximaal het bedrag dat in dit kader belast is onttrokken, aan de reserve worden toegevoegd.'⁹⁵ Het gebruik van de term 'verleden' duidt er op dat een onttrekking in hetzelfde jaar als waarin het voordeel wordt genoten, niet noodzakelijk is. Het positieve voordeel kan derhalve in een later jaar worden genoten, dan het jaar waarin de onttrekking zich ten aanzien van hetzelfde risico heeft voorgedaan.⁹⁶

5.2.3.5 Keuzemogelijkheid

In de nota van wijziging merkt de staatssecretaris het volgende op: 'Wordt vervolgens bij het lichaam dat het vaste inrichtingsverlies heeft geleden in een later jaar de zogenoemde inhaalregeling (van het Besluit voorkoming dubbele belasting 1989) ter zake van dit verlies toegepast, dan kan bij het lichaam dat de reserve vormt een toevoeging aan de reserve plaatsvinden. Een andere methode zou zijn dat ter zake van het vaste inrichtingsverlies een belaste onttrekking plaatsvindt bij het lichaam dat de reserve aanhoudt, maar dat in een later jaar bij het lichaam dat de vaste inrichting drijft de inhaalregeling (voor dat vaste inrichtingsverlies) geen toepassing behoeft te vinden.'⁹⁷ De laatste zinsnede suggereert dat de belastingplichtige de keuze heeft de inhaalregeling niet toe te passen.⁹⁸ Dit heeft tot gevolg dat de positieve opbrengsten uit de inhaalperiode niet aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden. Analooq aan de keuzemogelijkheid in de inhaalperiode, heeft het concern volgens voorwaarde VI.4 van de modelbeschikking ook de keuze om het voordeel ingevolge art. 13c niet tot de winst te rekenen, mits dotatie aan de reserve dan achterwege blijft. Mocht deze keuzemogelijkheid openstaan voor positieve voordelen welke samenhangen met eerdere verliezen uit vaste inrichting, dan valt niet in te zien waarom deze mogelijkheid niet geboden zou moeten worden voor positieve voordelen die verband houden met eerdere verliezen voortvloeiende uit het houden van deelnemingen. Deze keu-

94 Redactie Vakstudie, Vennootschapsbelasting, art. 15b, aantekening 30 (suppl. 402, november 1996).

95 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33

96. Zie ook M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 28

97 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 10-11.

98 Hiervoor lijkt aanpassing van het Bvdb 1989 noodzakelijk.

zemogelijkheid is als ware een spiegelbeeld van de keuze die voorwaarde VI.1 van de modelbeschikking biedt ingeval een ander concernlichaam een verlies heeft geleden. Het concern heeft aldaar de mogelijkheid om een belaste onttrekking bij het CFA-lichaam achterweg te laten, mits het andere concernlichaam dan geen verlies ten laste van haar winst brengt.

De keuzemogelijkheid is met name aantrekkelijk indien de positieve voordelen als gevolg van het dotatiemaximum toch niet gereserveerd kunnen worden.⁹⁹ Het concern heeft alsdan de mogelijkheid winstneming bij het andere concernlichaam achterwege te laten, mits het CFA-lichaam geen bedrag ten laste van haar winst aan de risicoreserve doteert. Mocht de wettekst zodanig uitgelegd worden dat een positief voordeel slechts ten laste komt van de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam, of zelfs niet ten laste van enige winst,¹⁰⁰ dan kan het concern toch neutraliteit bewerkstelligen door winstneming bij het andere concernlichaam achterwege te laten. Overigens rijst hierbij wel de vraag uit welke hoofde het andere concernlichaam winstneming achterwege kan laten. Het andere concernlichaam dient immers haar winst zelfstandig en met inachtneming van het bepaalde in art. 8 Wet Vpb. 1969 vast te stellen.

5.2.4 Volgorde dotaties

De dotatie aan de risicoreserve wordt per boekjaar vastgesteld en niet naar gelang de inkomsten gedurende het boekjaar opkomen.¹⁰¹ Evenmin wordt ervan uitgegaan dat de dotatie evenredig gedurende het jaar is geschied.¹⁰² Ondanks dat de opbrengsten uit de financieringsactiviteiten en uit de overnamekas pas op het einde van een boekjaar kunnen worden vastgesteld, wordt de dotatie aan de risicoreserve geacht per het begin van het betreffende boekjaar te hebben plaats gevonden. De jaarlijkse dotatie gaat volgens voorwaarde V.4 van de modelbeschikking immers vooraf aan de belaste en onbelaste onttrekkingen, welke wel in chronologische volgorde in aanmerking worden genomen.¹⁰³

99 Zie § 5.5.2 5.

100. Zie § 5 2 3 1.

101 Hetgeen afgeleid kan worden uit de opmerking van de staatssecretaris dat de *jaarlijkse* dotatie aan de reserve dient te worden vastgesteld los van de belaste en onbelaste onttrekkingen in het desbetreffende jaar (EK, vergaderjaar 1996-1997, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 14).

102. Anders zie HR 15 mei 1985, BNB 1985/233 waarin de Hoge Raad voor de opbouw van de reserve assurantie eigen risico overwoog dat 'een redelijke wetstoepassing meebrengt dat voor de bepaling van het beloop van de assurantiereiserve op het tijdstip van de schade ervan moet worden uitgegaan dat de reserve in de loop van het jaar geleidelijk, naar rato van de bespaarde premie, wordt opgebouwd'.

103 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 13. Zie § 3.4 9.4

5.3 OVERNAMEKAS

5.3.1 Inleiding

Beleggingsopbrengsten behoren in beginsel niet tot de concernfinancieringswinst. Behoren de beleggingen tot de overnamekas van het CFA-lichaam, dan komen de beleggingsopbrengsten toch voor reservering in aanmerking. Het feit dat een CFA-lichaam een risicoreserve aanhoudt, betekent niet automatisch dat een overnamekas mag worden aangehouden. De overnamekas moet aan bepaalde voorwaarden voldoen. De opbrengst van een overnamekas kan jaarlijks voor ten hoogste 80% aan de risicoreserve worden gedoteerd. De reservering komt ten laste van de jaarwinst van het CFA-lichaam. De mogelijkheid om de opbrengst van een overnamekas te reserveren lijkt niet te passen in de context van de concernfinancieringsregeling. De risicoreserve beoogt immers tegemoet te komen aan de specifieke risico's die verbonden zijn aan het internationaal opereren van in Nederland gevestigde ondernemingen en de daarmee samenhangende financieringsrisico's.¹⁰⁴ De risicoreserve wordt niet gevormd voor risico's die samenhangen met het aanhouden van een overnamekas. Desondanks wordt de omvang van de reserve wel mede bepaald door de opbrengst van de overnamekas. De opbrengst van de overnamekas kan worden gedoteerd, een verlies ter zake van de overnamekas behoeft niet aan de reserve te worden onttrokken. Het ontbreken van symmetrie in de concernfinancieringsregeling is ook anderszins zichtbaar. Verliezen ter zake van het houden van deelnemingen of verliezen uit buitenlandse vaste inrichting, komen ten laste van de risicoreserve, terwijl de winst die samenhangt met deze activiteiten niet gereserveerd kan worden.

Art. 15b, derde lid, Wet Vpb. 1969, bepaalt dat tot de dotatiegrondslag mede behoren 'de opbrengsten van bij ministeriële regeling nader omschreven kortlopende beleggingen welke worden aangehouden ter financiering van acquisities die passend zijn bij de omvang en liggen in de lijn van de activiteiten van het concern'. In art. 2b Uitvoeringsbeschikking is bepaald dat onder deze kortlopende beleggingen,¹⁰⁵ wordt verstaan een overnamekas als bedoeld in art. 2a, derde en vierde lid, Uitvoeringsbeschikking. Ingevolge art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, wordt onder een overnamekas verstaan:

- a. de kortlopende beleggingen, waarvan
- b. de belastingplichtige aan de hand van geobjectiveerde intenties aannemelijk maakt dat deze door het lichaam worden aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen die passen bij de omvang en liggen in de lijn van het concern; het zogenoemde kwalitatieve criterium,

¹⁰⁴ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 7

¹⁰⁵ De zinsnede 'in de lijn van de activiteiten van het concern' is in art. 2b Uitvoeringsbeschikking gereduceerd tot 'in de lijn van het concern'. Deze tekstuele onvolkomenheid lijkt geen materiele betekenis te hebben

- c het bedrag van die beleggingen dient te passen bij de omvang van het concern, het zogenoemde kwantitatieve criterium.

Voornamekas wordt tevens gebezigd voor de beoordeling of de werkzaamheden van een buitenlandse deelneming ex art 13, tweede lid, laatste volzin, Wet Vpb 1969, als actieve financieringswerkzaamheden kwalificeren

5.3.2 Begrip 'opbrengsten'

De opbrengsten van de overnamekas behoren tot de dotatiegrondslag. De vraag is wat onder het begrip 'opbrengst' verstaan dient te worden. In de Wet Vpb 1969 en de Wet IB 1964 is het begrip 'opbrengst' geen onbekend begrip. In art. 28 Wet Vpb 1969 is het begrip 'opbrengst' gebezigd in een regeling waarin een tegemoetkoming wegens buitenlandse bronbelasting wordt verleend aan beleggingsinstellingen. Het begrip is daarin niet nader omschreven. In de Wet IB 1964 is het begrip in meerdere bepalingen gebruikt, onder meer in art. 14, 25, 29a en 33. De voorloper van de Wet IB 1964 betreft het Besluit op de inkomstenbelasting 1941. In art. 30 van het Besluit IB 1941 werden de voordelen uit onroerende en roerende goederen behandeld. De aanhef van het eerste lid bepaalde dat 'als opbrengst van goederen worden beschouwd de voordelen welke () uit gebouwen, gronden en roerende stoffelijke goederen worden getrokken'. Het begrip 'opbrengst' is in deze bepaling gedefinieerd als de voordelen uit bepaalde goederen. In art. 31 van het Besluit IB 1941 werden de voordelen uit roerend kapitaal behandeld. Het eerste lid bepaalde dat 'als opbrengst van roerend kapitaal worden beschouwd de dividenden (), interessen (), lijfrenten, () en andere vruchten van vermogen ()'. Deze inkomsten uit vermogen van art. 30 en 31 van het Besluit IB 1941 zijn in de Wet IB 1964 samengebracht in art. 24. Daarin is bepaald dat 'inkomsten uit vermogen zijn alle () voordelen die worden getrokken uit onroerende en roerende zaken ()'. Het begrip 'opbrengsten' uit art. 30 en 31 van het Besluit IB 1941 is vervangen door het begrip 'voordelen' zonder dat deze aanpassing tot een inhoudelijke wijziging heeft geleid. Het begrip 'opbrengst' lijkt misschien dezelfde betekenis te hebben als begrip 'voordeel', dat bruto moet worden uitgelegd.¹⁰⁶ De kosten die verband houden met de activiteit waarmee het voordeel is gerealiseerd, komen niet in mindering op het brutovoordeel. Deze uitleg wordt bevestigd door Russo. Voor de toepassing van de vervangingsreserve ex art. 14 Wet IB 1964 is hij van mening dat voor de bepaling van de opbrengst kosten niet in mindering hoeven te worden gebracht.¹⁰⁷ Voorts is deze zienswijze in overeenstemming met de definitie die de wetgever aan het begrip 'opbrengst' heeft gegeven in het kader van art. 2 Wet op de dividendbelasting 1965. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat 'het woord "opbrengst" () gebruikt

¹⁰⁶ Zie § 5.2.3.2

¹⁰⁷ R. Russo, Vervangingsreserve, Fiscale monografie nr. 62, Kluwer Deventer, 1993 blz. 110 en 111

wordt in de zin van “bruto-opbrengst”, dat is opbrengst zonder aftrek van kosten’.¹⁰⁸ Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat strikt genomen de definities van de dividendbelasting niet van toepassing zijn voor de Wet Vpb. 1969. Desalniettemin kan de definitie van de dividendbelasting als richtsnoer dienen voor de omschrijving van het begrip ‘opbrengst’ in de Wet Vpb. 1969.

Dat het begrip ‘opbrengsten’ bruto moet worden uitgelegd zou ook uit de memorie van toelichting afgeleid kunnen worden: ‘Uit praktische overwegingen is gekozen voor “inkomsten” (in onderdeel b van het tweede lid; AvS) in plaats van concernfinancieringswinst omdat daarmee de toerekeningsproblematiek van kosten wordt voorkomen. Voor onderdeel b wordt nu alleen gekeken naar de bruto inkomende stroom van *opbrengsten* (cursivering AvS) ter zake van financieringsactiviteiten.’¹⁰⁹ Overigens sluit een bruto uitleg van het begrip ‘opbrengst’ negatieve opbrengsten niet uit. Het begrip ‘opbrengst’ omvat mitsdien zowel positieve als negatieve opbrengsten.

Nu het begrip ‘opbrengsten’ bruto moet worden uitgelegd, behoeft voor de bepaling van de dotatiegrondslag geen rekening te worden gehouden met de kosten die samenhangen met het aanhouden van de overnamekas. Waarschijnlijk is uit deze praktische overweging gekozen voor het bruto begrip ‘opbrengsten’. De voorwaarde in de modelbeschikking dat de overnamekas volledig met eigen vermogen gefinancierd moet zijn, is vanwege deze bruto uitleg alleszins begrijpelijk.¹¹⁰ Ingeval de overnamekas namelijk met vreemd vermogen gefinancierd kan worden, zou de verschuldigde rente bij het CFA-lichaam aftrekbaar zijn tegen het reguliere tarief, terwijl de bruto opbrengst van de overnamekas in beginsel effectief belast is tegen een tarief van 7%. De Nederlandse heffingsgrondslag zou alsdan onbedoeld kunnen worden verkleind. De voorwaarde dat de beleggingen met eigen vermogen gefinancierd moeten zijn, lijkt te passen binnen het kader van het achtste lid.¹¹¹ De door de inspecteur te stellen voorwaarden strekken immers onder meer tot het zeker stellen dat de heffingsgrondslag door het gebruik van de regeling niet in enigszins belangrijke mate wordt aangetast.

Overigens wekt het enige bevreemding dat in het tweede en derde lid van art. 15b de begrippen ‘inkomsten’¹¹², ‘voordelen’¹¹³ en ‘opbrengsten’ worden gebezigd. Al deze begrippen moeten bruto worden uitgelegd, dat wil zeggen zonder aftrek van kos-

108. TK, vergaderjaar 1959-1960, 6000, nr. 5, Memorie van toelichting, blz. 27

109. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 32.

110. Zie § 3.4.8

111. Anders zie M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 29

112. Zie § 3.3.3

113. Zie § 5.2.3.2

ten.¹¹⁴ Een meer eenduidige terminologie binnen één wetsbepaling zou de duidelijkheid en leesbaarheid ten goede komen.

5.3.3 Kortlopende beleggingen

Kortlopende beleggingen kunnen onderscheiden worden in kortlopende beleggingen die dienen als overnamekas en de overtollige liquiditeiten. Behalve de opbrengst van de overnamekas mag volgens de staatssecretaris ook worden gedoteerd uit de tijdelijk overtollige liquide middelen.¹¹⁵ Laatstgenoemde liquiditeiten behoren strikt genomen niet tot de overnamekas. Liquiditeiten die behoren tot de overnamekas zijn per definitie niet overtollig. Deze worden immers aangehouden voor een toekomstige acquisitie. De opmerking dat de opbrengst van tijdelijk overtollige liquiditeiten gereserveerd mag worden, kent geen wettelijke grondslag. Ingevolge art. 15b, derde lid, kunnen slechts de opbrengsten worden gedoteerd van kortlopende beleggingen welke worden aangehouden ter financiering van acquisities. Behalve uit voornoemde opmerking blijkt nergens uit de parlementaire behandeling dat opbrengsten van tijdelijk overtollige liquiditeiten voor dotatie in aanmerking komen. Het lijkt derhalve onwaarschijnlijk dat dergelijke opbrengsten gedoteerd kunnen worden. Het aanhouden van tijdelijk overtollige liquiditeiten staat, evenals het aanhouden van permanent overtollige liquiditeiten, niet in de weg aan het aanhouden van een overnamekas. De opbrengsten uit deze overtollige liquiditeiten zijn belast naar het reguliere tarief.

Een overnamekas zal in de praktijk vrijwel uitsluitend bestaan uit kortlopende beleggingen of liquiditeiten. Het CFA-lichaam moet immers snel kunnen beschikken over de benodigde middelen voor een overname. Ingevolge voorwaarde IV van de modelbeschikking moeten de kortlopende beleggingen bestaan uit liquiditeiten, obligaties en (lees: of) soortgelijke waardepapieren die op korte termijn liquide zijn te maken of beleggingen met een looptijd korter dan één jaar. Aandelen in buitenlandse participaties die als belegging worden aangemerkt, kunnen niet als kortlopende belegging worden aangemerkt.¹¹⁶ Uit dien hoofde kunnen de aandelen in een passieve financieringsmaatschappij evenmin tot de overnamekas worden gerekend.¹¹⁷

114. Volgens H.J. Hofstra en L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting*, Kluwer Deventer, 1998, blz. 81, is het (subjectieve) begrip 'voordeel' ruimer dan het (objectieve) begrip 'opbrengst' omdat het mede kan omvatten hetgeen, in een zakelijke samenhang met de 'bron', van derden wordt genoten. Een voorbeeld van een dergelijk, inkomens karakter hebbend voordeel wordt gevonden in HR 6 januari 1971, BNB 1971/31, waarin een directeur van een NV van een aandeelhouder een schadevergoeding ontvangt wegens het niet doorgaan van een benoeming tot directeur.

115. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 33 en 34.

116. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 48.

117. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 34.

Voorts moeten ingevolge voorwaarde IV de beleggingen en liquiditeiten volledig met eigen vermogen zijn gefinancierd¹¹⁸ Deze voorwaarde is ingegeven vanuit een anti-misbruikgedachte Ingeval kortlopende beleggingen namelijk met vreemd vermogen gefinancierd zouden worden, zou de rente bij het CFA-lichaam aftrekbaar zijn naar het reguliere tarief De opbrengst van de beleggingen zou daarentegen ten dele gedoteerd kunnen worden aan de risicoreserve Een dergelijke situatie zou kunnen leiden tot een onbedoelde verkleining van de Nederlandse heffingsgrondslag

Zijn bepaalde kortlopende beleggingen geheel of gedeeltelijk gefinancierd met vreemd vermogen dan behoren deze beleggingen niet tot de overnamekas Uitsluitend de beleggingen die volledig met eigen vermogen zijn gefinancierd maken onderdeel uit van de overnamekas Voor de toerekening van eigen dan wel vreemd vermogen aan de beleggingen dient in beginsel de historische methode te worden gevolgd¹¹⁹ Indien geen verband meer zichtbaar is tussen de activiteiten en de wijze van financiering, dan kan de mathematische methode worden gevolgd Het eigen en vreemd vermogen worden alsdan evenredig over de activa, waaronder de beleggingen, verdeeld Zo'n evenredige toedeling van vreemd vermogen aan de beleggingen, leidt er evenwel toe dat de beleggingen niet geacht worden volledig met eigen vermogen te zijn gefinancierd Deze beleggingen behoren mitsdien niet tot de overnamekas.

Financiering van de overnamekas met (cumulatief) preferente aandelen lijkt op basis van de wettekst tot de mogelijkheden te behoren. Financiering van concernfinancieringsactiviteiten met (cumulatief) preferent aandelenkapitaal kwalificeert daarentegen niet voor de financieringsregeling Concernfinancieringswinst behaald met vermogen dat bestaat uit (cumulatief) preferent aandelenkapitaal kan niet worden gedoteerd aan de risicoreserve¹²⁰ In plaats van geldleningen zouden anders risicomijdende preferente aandelen worden geplaatst bij het CFA-lichaam De vergoeding is alsdan geen rente, maar betreft een dividenduitkering Het voordeel daarvan is dat de rentelast niet drukt op de financieringswinst, die zodoende kunstmatig hoog blijft Echter, in het kader van de overnamekas behoeft sowieso geen kostenpost in aanmerking te worden genomen De bruto opbrengst van de overnamekas kan immers aan de risicoreserve worden gedoteerd Er is derhalve geen aanleiding de financiering van de overnamekas met (cumulatief) preferente aandelen op enigerlei wijze te beperken.

118 Zie § 3.4.8

119 Zie § 5.2.2.1

120 Zie § 5.2.2.5

5.3.4 Kwalitatief criterium

De overnamekas moet bestemd zijn om toekomstige acquisities te financieren. De belastingplichtige moet aan de hand van geobjectiveerde intenties aannemelijk maken¹²¹ dat kortlopende beleggingen worden aangehouden,

- a. met het oog op de verwerving van deelnemingen,¹²² hieronder zijn tevens begrepen de ondernemingen die worden gedreven met behulp van een vaste inrichting,¹²³
- b. die passen bij de omvang van het concern, en
- c. liggen in de lijn van het concern.

De tekst van art. 2a, derde lid, eerste volzin, Uitvoeringsbeschikking, is zodanig geformuleerd dat niet geheel duidelijk is of de zinsnede 'die passen bij de omvang en liggen in de lijn van het concern' betrekking heeft op de kortlopende beleggingen die worden aangehouden of slaat op de te verwerven deelnemingen.

Heeft deze zinsnede betrekking op de kortlopende beleggingen, dan zou de overnamekas moeten passen bij de omvang van het concern en liggen in de lijn van het concern. Betekent dit dat de inhoud van de overnamekas (liquiditeiten, obligaties, etc.) of de omvang van de overnamekas moet passen bij het concern? Dit criterium is weinig plausibel. Uit voorwaarde IV van de modelbeschikking blijkt immers dat de inhoud van de overnamekas niet afhankelijk is gesteld van de omvang en de lijn van het concern. Voorts zou in deze zienswijze de tweede volzin van art. 2a, derde lid, (kwantitatieve criterium) geen enkele betekenis hebben. Daar zou dan slechts herhaald zijn dat de omvang van de overnamekas dient te passen bij de omvang van het concern. Bovendien zou ongetwijfeld het woordje 'en' ingevoegd zijn na de term 'deelnemingen', indien het de bedoeling zou zijn geweest dat de desbetreffende zinsnede 'die passen bij de omvang en liggen in de lijn van het concern' betrekking zou hebben op de kortlopende beleggingen. Het voorgaande rechtvaardigt de gevolgtrekking dat de zinsnede 'die passen bij de omvang en liggen in de lijn van het concern' niet slaat op de kortlopende beleggingen die worden aangehouden.

Een logisch gevolg van het voorgaande is dat de te verwerven deelnemingen moeten passen bij de omvang van het concern en liggen in de lijn van het concern. Onduidelijk is wat hiermee bedoeld is en op welke wijze deze voorwaarde getoetst wordt. Ligt de verwerving van een deelneming waarin andere activiteiten worden uitgeoefend dan binnen het concern, in de lijn van het concern? Telt bijvoorbeeld het overnameplan van een relatief klein uitzendbureau door een omvangrijk levensmiddelen-

121. Het begrip 'aannemelijk maken' is behandeld in § 3.2.2

122. Behalve de intentie tot de verwerving van deelnemingen, is ook het voornemen tot het verrichten van kapitaalstortingen in deelnemingen toereikend. Een verhangings van een deelneming binnen concern lijkt niet als een acquisitie te kunnen worden aangemerkt. Net zo min als een verhangings binnen concern tot een onbelaste onttrekking aan de risicoreserve kan leiden. Zie § 6.3.2.7.

123. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8

concern niet mee, of moet in dat geval aannemelijk worden gemaakt dat deze overname in de lijn ligt van het concern? Tijdens de parlementaire behandeling is met geen woord gesproken over deze toets. Wel is opgemerkt dat de toetsing van de redenen voor het aanhouden van de overnamekas op marginale wijze geschiedt.¹²⁴ Een marginale toetsing laat geen ruimte voor de beoordeling of de te verwerven deelnemingen passen bij de omvang en liggen in de lijn van het concern. Hieruit kan afgeleid worden dat, ondanks de bewoordingen van art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, geen zelfstandige betekenis lijkt toe te komen aan deze voorwaarde. Als dan zou toereikend zijn dat de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de overnamekas wordt aangehouden moet het oog op de verwerving van deelnemingen. De intentie kan bijvoorbeeld gebaseerd zijn op een overnamebeleid in het verleden. Ook kan een strategisch plan worden gepresenteerd. Maakt het CFA-lichaam aannemelijk dat in de toekomst overnames zullen plaatsvinden dan mag een overnamekas worden aangehouden.¹²⁵

De vraag rijst wie de intentie tot overname moet hebben, het CFA-lichaam zelf, de fiscale eenheid waartoe het CFA-lichaam behoort, of zijn overnameplannen door concernlichamen ook toereikend. In laatstgenoemde situatie kan het CFA-lichaam bijvoorbeeld een lening verstrekken aan het concernlichaam voor de overname van een deelneming. Een dergelijke geldverstrekking kwalificeert als financieringsactiviteit in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969. Uit de wettekst en de parlementaire behandeling blijkt niet expliciet wie de overnameplannen moet hebben. De eerste volzin van art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, wekt de suggestie dat het CFA-lichaam zelf de intentie moet bezitten om overnames te plegen met de door haar aangehouden overnamekas. Voorts merkt de staatssecretaris tijdens de behandeling in de Eerste Kamer het volgende op: 'Stijgt de overnamekas uit boven de normen dan zal het lichaam aannemelijk moeten maken dat hiervoor een reden is bijvoorbeeld door aan te geven dat *het* (cursivering AvS) een overname op het oog heeft waarmee een groot financieel belang is gemoeid'.¹²⁶ Uit het gebruik van het woordje 'het' zou afgeleid kunnen worden dat het CFA-lichaam zelf de intentie tot overname moet hebben. Dat de overnameplannen van het CFA-lichaam in deze opmerking slechts als voorbeeld worden gebruikt om een hogere overnamekas te rechtvaardigen, doet enigszins afbreuk aan dit argument. Wellicht zou een argument ontleend kunnen worden aan voorwaarde V 1 van de modelbeschikking. Daarin is bepaald dat de omvang van de overnamekas niet groter wordt als gevolg van opname in een fiscale eenheid. Kortlopende beleggingen behoren binnen fiscale eenheid slechts tot de overnamekas voorzover ze tot het vermogen van het CFA-lichaam behoren. Deze bepaling ziet evenwel slechts op de kwantitatieve norm, en behoeft geen betekenis te hebben voor het kwalitatieve criterium. Wellicht kan een parallel worden getrokken met de onbelaste onttrekkingen ingevolge art. 15b, vijfde lid

124 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52d, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 6

125 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 12

126 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 11 en 12

Investeert het CFA-lichaam of een ander concernlichaam in een deelneming, dan kan ter zake een bedrag onbelast aan de risioreserve worden onttrokken. De investering dient wel uit het concernfinancieringsvermogen van het CFA-lichaam te zijn gefinancierd. Deze parallel zou ervoor pleiten dat ook de overnameplannen van andere concernlichamen meetellen.¹²⁷ Dat een financiering uit de overnamekas op basis van de wettekst niet tot een onbelaste onttrekking aan de risioreserve kan leiden, doet enigszins afbreuk aan deze vergelijking.¹²⁸ Daar ik evenwel van mening ben dat gezien de strekking van de concernfinancieringsregeling ook een financiering uit de overnamekas tot een onbelaste afname van de risioreserve moet kunnen leiden,¹²⁹ zou uit de parallel met art. 15b, vijfde lid, afgeleid kunnen worden dat zowel de overnameplannen van het CFA-lichaam als van andere concernlichamen meetellen voor het kwalitatieve criterium.

Behalve de intentie is mijns inziens ook noodzakelijk dat bij een concrete overname de overnamekas wordt aangewend. Het kan niet de bedoeling zijn dat een overnamekas van een bepaalde omvang in aanmerking is genomen vanwege een voornemen tot een overname, terwijl bij de concrete overname de gelden van elders worden gehaald. Overnames ter zake waarvan een overnamekas wordt aangehouden dienen in beginsel ook daadwerkelijk uit de overnamekas te worden gefinancierd.

5.3.4.1 *Parlementaire geschiedenis*

In de memorie van toelichting is het volgende opgemerkt:¹³⁰

‘Het derde lid bevat de grondslag ten hoogste 80% van de in dat jaar behaalde concernfinancieringswinst en van de opbrengsten van kortlopende beleggingen die worden aangehouden voor acquisities mag jaarlijks aan de reserve worden toegevoegd. In een ministeriele regeling zal worden aangegeven wanneer van zodanige beleggingen sprake is. Dit is het geval als die beleggingen niet meer bedragen dan de laagste van de volgende waarden:

- 25% van de beurswaarde of marktwaarde (.),
- 100% van het bedrag van de uitstaande leningen en van de buitenlandse deelnemingen (. .).’

Het voorgaande suggereert dat zo lang de beleggingen niet meer bedragen dan de laagste van voornoemde ratio's sprake is van kortlopende beleggingen waarvan de opbrengst kan worden gereserveerd. In de toelichting wordt met geen woord gesproken over het kwalitatieve criterium.

127. Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 582.

128. Daar de overnamekas niet tot het concernfinancieringsvermogen behoort, kan de financiering van een investering uit de overnamekas, strikt genomen niet leiden tot een onbelaste afname van de risioreserve. Zie § 6.3.2.4

129. Zie § 6.3.2.4.

130. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 32.

Met betrekking tot de buitenlandse concernfinancieringsmaatschappij in de zin van art. 13, tweede lid, merkt de staatssecretaris in de nota naar aanleiding van het verslag op dat een actieve financieringsmaatschappij het aanhouden van een overnamekas moet motiveren. Dit kan gebeuren door het aanvoeren van geobjectieerde intenties voor toekomstige acquisities.¹³¹ Hetzelfde zou moeten gelden voor een CFA-lichaam dat een overnamekas aanhoudt.

Naar aanleiding van een vraag van de VVD-fractie¹³² bevestigt de staatssecretaris in de nota naar aanleiding van het nader verslag dat de overnameplannen inhoudelijk moeten worden getoetst. Opgemerkt wordt dat het concernfinancieringslichaam het aanhouden van een overnamekas ook aannemelijk zal moeten maken. Dit kan gebeuren door het aanvoeren van geobjectieerde intenties voor toekomstige acquisities. Deze kunnen zijn gebaseerd op een overnamebeleid in het verleden. Ook kan een strategisch plan worden gepresenteerd.¹³³ Naast het kwantitatieve criterium moet een CFA-lichaam dus ook aan een kwalitatief criterium voldoen.

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer beantwoordt de staatssecretaris vragen van de CDA-fractie¹³⁴ als volgt:

'Zoals ik op blz. 31 van de nota naar aanleiding van het nader verslag heb aangegeven, moet aannemelijk worden gemaakt dat er in verband met toekomstige overnames redenen zijn om een overnamekas aan te houden. Aannemelijk moet worden gemaakt dat er in de toekomst overnames zullen plaatsvinden. Dit kan gebeuren door het aanvoeren van geobjectieerde intenties voor toekomstige acquisities. Deze kunnen bijvoorbeeld zijn gebaseerd op een overnamebeleid in het verleden. Ook kan een strategisch plan worden gepresenteerd. Slaagt het lichaam er in aannemelijk te maken dat in de toekomst overnames zullen plaatsvinden dan mag het een overnamekas aanhouden. Alsdan gelden als safe-harbour ratio de kwantitatieve criteria opgenomen op blz. 32 en 33 van de memorie van toelichting. Blijft de overnamekas beneden de aangegeven normen dan behoeft het lichaam geen actie te ondernemen. Stijgt de overnamekas uit boven de normen dan zal het lichaam aannemelijk moeten maken dat hiervoor een reden is bijvoorbeeld door aan te geven dat het een overname op het oog heeft waarmee een groot financieel belang is gemoeid.'¹³⁵

De strekking van dit antwoord wordt door de staatssecretaris bevestigd in de nota naar aanleiding van het nader verslag. Aldaar is opgemerkt dat de toetsing van de redenen voor het aanhouden van een overnamekas die binnen de kwantitatieve criteria valt, het karakter heeft van een marginale toetsing. De ondernemer behoeft slechts geobjectieerde intenties aan te voeren voor toekomstige acquisities, die bijvoorbeeld kunnen zijn gebaseerd op een overnamebeleid in het verleden.¹³⁶

131. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 39.

132. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 7, Nader verslag, blz. 18.

133. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 31.

134. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52a, Voorlopig verslag van de vaste commissie voor financiën, blz. 7.

135. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 11 en 12.

136. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52d, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 6.

5.3.4.2 *Invloed van kwantitatieve norm op toetsing kwalitatieve norm*

De parlementaire behandeling suggereert dat het karakter van de toetsing van de intenties voor het aanhouden van een overnamekas afhankelijk is gesteld van het al dan niet voldoen aan de ratio's ter bepaling van de kwantitatieve norm. Blijft de omvang van de kortlopende beleggingen binnen de kwantitatieve ratio's dan wordt de intentie voor het aanhouden van deze beleggingen slechts marginaal getoetst. Aan de hand van bijvoorbeeld het overnamebeleid in het verleden kan het CFA-lichaam zijn intenties aannemelijk maken. Worden de kwantitatieve ratio's evenwel overschreden dan moet het CFA-lichaam meer in concreto aangeven welke overnames men op het oog heeft die zo'n omvangrijke overnamekas rechtvaardigen, bijvoorbeeld aan de hand van een strategisch plan.

Voor genoemd onderscheid binnen de kwalitatieve norm is niet gebaseerd op de tekst van art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking. Deze bepaling stelt de mate van toetsing van de kwalitatieve norm niet afhankelijk van het al dan niet voldoen aan de kwantitatieve ratio's. Teneinde de opmerkingen tijdens de parlementaire behandeling in overeenstemming te brengen met de tekst van art. 2a, derde lid, kunnen deze opmerkingen als volgt worden uitgelegd. Het CFA-lichaam moet aannemelijk maken dat de kortlopende beleggingen worden aangehouden voor toekomstige acquisities. Deze intentie wordt slechts marginaal getoetst aan de hand van bijvoorbeeld het overnamebeleid in het verleden. Daarnaast moet de omvang van de kortlopende beleggingen passen bij de omvang van het concern, de zogenoemde kwantitatieve norm. Blijft de omvang binnen bepaalde ratio's, dan is in ieder geval aan deze kwantitatieve voorwaarde voldaan. De ratio's fungeren in dat opzicht als safe harbour ratio's. Stijgt de omvang van de kortlopende beleggingen uit boven de kwantitatieve ratio's, dan dient het CFA-lichaam meer in concreto aannemelijk te maken dat de omvang van de kortlopende beleggingen past bij de omvang van het concern, met andere woorden past bij het toekomstige overnamebeleid van het concern.

5.3.5 **Kwantitatief criterium**

Behalve dat het CFA-lichaam toekomstige overnames aannemelijk moet maken, dient de overnamekas ook aan bepaalde kwantitatieve criteria te voldoen. Ingevolge art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, dient het bedrag van de kortlopende beleggingen te passen bij de omvang van het concern. Aan deze laatste voorwaarde is in ieder geval voldaan indien die beleggingen niet meer bedragen dan de laagste van de volgende waarden:

- a van de beurswaarde of marktwaarde van het concern dan wel, als het concern één of meer andere lichamen heeft waarin financieringsactiviteiten worden verricht, het deel van die 25% dat overeenkomt met de verhouding tussen het eigen vermogen van het onderhavige lichaam waarin financieringsactiviteiten worden verricht

- en het gezamenlijk eigen vermogen van alle lichamen waarin financieringsactiviteiten worden verricht, of
- b van het bedrag van de uitstaande leningen en van de waarde in het economische verkeer van de deelnemingen buiten Nederland van het lichaam alsmede voor de deelnemingen binnen Nederland van het lichaam een bedrag dat niet groter is dan 1/9 deel van de waarde in het economische verkeer van de deelnemingen buiten Nederland, één en ander onder aftrek van de schulden van het lichaam die verband houden met de hiervoor bedoelde leningen en deelnemingen

Blijft de overnamekas beneden deze ratio's, dan is aan het kwantitatieve criterium voldaan. Het bedrag van de beleggingen past bij de omvang van het concern. Voor genoemde normen gelden als safe-harbour ratio's¹³⁷. Stijgt de overnamekas uit boven de normen dan zal het CFA-lichaam aannemelijk moeten maken dat hiervoor een reden is. Deze kan bijvoorbeeld gelegen zijn in een toekomstige overname waarmee een groot financieel belang is gemoed.¹³⁸ Een gewijzigde doelstelling van de concernleiding ten aanzien van het toekomstige overnamebeleid, kan mitsdien leiden tot een wijziging van het plafond van de overnamekas.

5.3.5.1 25% van beurs- of marktwaarde

De memorie van toelichting spreekt van '25% van de beurswaarde of marktwaarde van het concern dan wel als het concern naast de in Nederland uitgeoefende financieringsactiviteiten één of meer andere lichamen heeft waarin financieringsactiviteiten worden verricht, het deel van die 25% dat overeenkomt met de verhouding tussen het eigen vermogen van het Nederlandse lichaam waarin financieringsactiviteiten worden verricht en het gezamenlijk eigen vermogen van alle lichamen waarin financieringsactiviteiten worden verricht'.

De tekst van art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking is niet volledig gelijk aan hetgeen is opgemerkt in de memorie van toelichting. De afwijking hangt samen met het feit dat art. 2a eveneens van toepassing is voor de beoordeling of sprake is van een actieve financieringsmaatschappij in de zin van art. 13, tweede lid, Wet Vpb 1969. De afwijking heeft geen materiele betekenis.

Het eerste plafond van het kwantitatieve criterium sluit aan bij de beurs- of marktwaarde. Hiermede beoogt de wetgever waarschijnlijk op praktische wijze de waarde van het concern te benaderen. De beurswaarde behoeft evenwel geen afspiegeling te zijn van de marktwaarde van een onderneming, immers de beurskoers kan in aanmerkelijke mate door speculatieve achtergronden worden opgedreven.¹³⁹

¹³⁷ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 39.

¹³⁸ EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 12.

¹³⁹ G.T.K. Meussen, Bedrijfswaarde, Fiscale monografie nr. 83, Kluwer Deventer 1997, blz. 246.

Het begrip 'marktwaaarde' wordt in fiscalibus met name gebruikt in het kader van de voorraadwaardering. Als stelsel van voorraadwaardering kan onder meer waardering op marktwaaarde worden onderscheiden.¹⁴⁰ In HR 10 juni 1959, BNB 1959/262 heeft de Hoge Raad beslist dat onder marktwaaarde de prijs op de inkoopmarkt moet worden verstaan, en niet de opbrengst bij verkoop. In analogie hiermee zullen zelf voortgebrachte goederen gewaardeerd mogen worden op de (lagere) kostprijs waarvoor ze op de balansdatum geproduceerd zouden kunnen worden. Volgens Essers kan het begrip 'marktwaaarde' worden omschreven als de vervangingswaarde in de betekenis van de actuele prijs op de vrije inkoopmarkt in geval van gekochte goederen en als actuele reproductiewaarde in geval van zelf voortgebrachte goederen.¹⁴¹ Ook Slot verstaat onder de marktprijs de actuele prijs op de inkoopmarkt (de vervangingswaarde of reproductiewaarde).¹⁴² In het kader van de waardering van voorraden is de marktprijs gelijk te stellen met de prijs op de inkoopmarkt.

De marktwaaarde van onroerende zaken welke niet als voorraad kwalificeren, wordt daarentegen in beginsel gesteld op de verkoopwaarde. Bijvoorbeeld in het arrest HR 11 december 1985, BNB 1987/187 oordeelt de Hoge Raad de marktwaaarde van onroerende zaken van een exploitatiemaatschappij gelijk aan de verkoopwaarde. Bij de totstandkoming van de Wet VB 1964 is het begrip 'verkoopwaarde' als volgt gedefinieerd: 'de vermoedelijke prijs bij verkoop op dat ogenblik, te besteden door de beste koper waarop mag worden gerekend, indien de verkoop op de voor het te waarderen goed gebruikelijke wijze onder normale omstandigheden plaatsvindt, nadat zij op de gebruikelijke wijze is voorbereid.'¹⁴³

Afhankelijk van het betreffende activum wordt het begrip 'marktwaaarde' gedefinieerd. Onduidelijk blijft mitsdien op welke wijze de marktwaaarde van een concern vastgesteld dient te worden. Daar voor (de aandelen in) concerns niet gesproken kan worden van een afzonderlijke in- en verkoopmarkt, lijkt de marktwaaarde van een concern gelijk te stellen aan de verkoopwaarde. De marktwaaarde van een concern is alsdan de waarde welke een potentiële koper van (de aandelen in) het concern aan (de aandelen in) het concern zou toekennen.

De beurswaarde van een onderneming geeft de waarde weer die door de marginale koper en de marginale verkoper aan (de aandelen van) het concern wordt toegekend. De beurswaarde representeert de 'beleggingswaarde' en omvat niet het element van de controle over de onderneming.¹⁴⁴ Een potentiële koper van een concern betaalt behalve de 'beleggingswaarde' uiteraard ook voor de machtsfactor.¹⁴⁵ De waarde

140. Zie HR 28 december 1955, BNB 1956/46

141. P.H.J. Essers, Fiscale voorraadwaardering, Fiscale brochures, FED Deventer, 1996, blz. 34

142. G. Slot, Voorraadwaardering, Fiscale monografie nr. 8, Kluwer Deventer, 1987, blz. 17.

143. TK, vergaderjaar 1961-1962, 5380, nr. 18, Voorlopig verslag, blz. 9 lk

144. L. Traas, De waarde van de onderneming gezien vanuit de theorie, Limpergdag 1990, Moret Ernst & Young Rotterdam, 1990, blz. 23

145. G.T.K. Meussen, Bedrijfswaarde, Fiscale monografie nr. 83, Kluwer Deventer, 1997, blz. 247.

welke een potentiële koper toekent aan het concern, de marktwaarde, kan mitsdien afwijken van de beurswaarde van het concern. De Nederlandse Orde van Belastingadviseurs vraagt zich dan ook af, of bij ter beurze genoteerde concerns uitsluitend de beurswaarde als relevant criterium in aanmerking moet worden genomen.¹⁴⁶ Tijdens de parlementaire behandeling is deze vraag niet beantwoord. De tekst van art. 2a, derde lid, onderdeel a, Uitvoeringsbeschikking, biedt naar mijn mening ook beursgenoteerde concerns de gelegenheid de marktwaarde in aanmerking te nemen. Deze mogelijkheid is met name aantrekkelijk in de situatie dat de omvang van de overnamekas beperkt wordt door een te lage beurswaarde van het concern.

De vraag is waarom de wetgever voor het begrip 'marktwaarde' heeft gekozen, en niet voor het meer gehanteerde begrip 'waarde in het economische verkeer'. Beide begrippen passen binnen de gebezigde terminologie in de Wet Vpb. 1969.¹⁴⁷ Het begrip 'waarde in het economische verkeer' zou de voorkeur genieten ingeval voor bepaalde concerns geen markt zou zijn. Dit laatste is evenwel nauwelijks voorstelbaar. Tegen het begrip 'waarde in het economische verkeer' pleit de ruime uitleg welke aan dit begrip gegeven kan worden. Deze waarde is namelijk afhankelijk van de situatie en kan zodoende steeds een andere invulling krijgen.¹⁴⁸ In de praktijk zal dit waardebegrip dan ook niet eenduidig worden uitgelegd.

Het plafond van 25% wordt verlaagd indien blijkt dat elders binnen het concern financieringsactiviteiten worden verricht. Met de zinsnede 'andere lichamen waarin financieringsactiviteiten worden verricht' wordt volgens de staatssecretaris gedoeld op andere tot het concern behorende actieve financieringsmaatschappijen en lichamen welke een risicoreserve aanhouden. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat een concern voor de financiering van de activiteiten wereldwijd per werelddeel een financieringsmaatschappij gebruikt. Voor de criteria van de overnamekassen moet dan onder meer worden gekeken naar het gezamenlijk eigen vermogen van deze lichamen.¹⁴⁹ De mate waarin deze concernlichamen financieringsactiviteiten verrichten is niet relevant. Bedraagt het eigen vermogen van het CFA-lichaam 20% van het totale eigen vermogen van alle concernfinancieringsmaatschappijen tezamen, dan is het plafond van de overnamekas 20% van 25% van de beurs- of marktwaarde van het concern.

146. Commentaar van 24 mei 1996 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan de leden van de Vaste Commissie voor Financien van de Tweede Kamer met betrekking tot wetsvoorstel nr. 24 696, Weekblad 1996, blz. 917.

147. Het begrip 'marktwaarde' is in de Wet Vpb. 1969 gekend als erkende waarderingsmethode van bedrijfsmiddelen en voorraden.

148. Ontleend aan G.T.K. Meussen, Bedrijfswaarde, Fiscale monografie nr. 83, Kluwer Deventer, 1997, blz. 108.

149. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 40.

5 3 5 2 100% van uitstaande leningen en deelnemingen

Ingevolge art 2a, derde lid, onderdeel b, Uitvoeringsbeschikking bedraagt de omvang van de overnamekas in ieder geval niet meer dan.

- a van het bedrag van de uitstaande leningen van het CFA-lichaam, plus
- b van de waarde in het economische verkeer van de buitenlandse deelnemingen van het CFA-lichaam, plus
- c van de waarde in het economische verkeer van de binnenlandse deelnemingen, doch niet groter dan 1/9 van de waarde van de buitenlandse deelnemingen, minus
- d de schulden van het CFA-lichaam die verband houden met voornoemde leningen en deelnemingen

5 3 5 2 1 Bedrag van uitstaande leningen

Het bedrag van de uitstaande leningen van het CFA-lichaam telt mee voor de bepaling van het maximum van de overnamekas. In de tekst van art 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, is geen enkele restrictie opgenomen ten aanzien van de in aanmerking te nemen leningen. Zowel leningen verstrekt aan binnenlandse als aan buitenlandse lichamen tellen mee. Zowel leningen verstrekt binnen als buiten concern worden in aanmerking genomen.

5 3.5 2 2 Waarde van buitenlandse deelnemingen

De regel dat de buitenlandse deelnemingen mede bepalend zijn voor het plafond van de overnamekas, is opgenomen teneinde de internationale aanvaardbaarheid van de regeling te vergroten. Volgens de staatssecretaris is daarvoor van belang dat een relatie kan worden gelegd met de functie van het CFA-lichaam als houdstermaatschappij.¹⁵⁰ Een toetsing van dit criterium aan alle deelnemingen die behoren tot het Nederlandse deel van het concern, is dan ook niet aan de orde. Met het begrip 'deelneming' lijkt bedoeld te zijn op het algemene deelnemingsbegrip van art 13 Wet Vpb 1969. Behalve de participaties in art 13, tweede lid, zijn daaronder tevens begrepen de met een deelneming gelijkgestelde participaties.¹⁵¹

In de memorie van toelichting wordt gesproken over 'het bedrag () van de buitenlandse deelnemingen'. Onduidelijk hierbij is welke waarde van de deelneming gehanteerd dient te worden, de boekwaarde of de waarde in het economische verkeer. Voorts is niet duidelijk of alle buitenlandse deelnemingen van het concern meetellen of uitsluitend de deelnemingen van het CFA-lichaam. De tekst van art 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, creëert duidelijkheid door te bepalen dat 'de waarde in het economische verkeer van de deelnemingen buiten Nederland van het lichaam' in aanmerking wordt genomen. Voor de vermogenstoets van het tweede lid is als maat-

¹⁵⁰ TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 31

¹⁵¹ Zie § 4.2.4.1

staf voor de waarde ook 'de waarde in het economische verkeer' gehanteerd. Ingevolge de parlementaire toelichting ten aanzien van de vermogenstoets, kan de waarde in het economische verkeer om praktische redenen worden bepaald aan de hand van de commerciële balans ingevolge het jaarrekeningenrecht.¹⁵² Het ligt voor de hand dat ook voor de bepaling van de waarde in het economische verkeer van de buitenlandse deelnemingen aansluiting gezocht kan worden bij de commerciële balans. Voor een behandeling van het begrip 'waarde in het economische verkeer' verwijst ik naar § 3.2.7.

Het begrip 'deelnemingen buiten Nederland' beperkt zich niet tot de buitenlandse *concernlichamen*. Ook buiten Nederland gevestigde lichamen waarin het CFA-lichaam een belang houdt van minder dan 33%, tellen mee voor de bepaling van de omvang van de overnamekas. De vraag komt op in hoeverre Nederlandse deelnemingen gehouden door deze buiten Nederland gevestigde lichamen in aanmerking worden genomen. In geval van een positief vermogen is de waarde van een Nederlandse kleindochter zichtbaar in de waarde van de buitenlandse deelneming en telt deze waarde mee voor het plafond van de overnamekas. De tekst van de Uitvoeringsbeschikking spreekt van 'de deelnemingen buiten Nederland van het lichaam'. Deze bewoording suggereert dat de waarde van de direct gehouden buitenlandse deelnemingen in aanmerking wordt genomen, ongeacht de aard van de bezittingen van de betreffende deelneming. Daar tijdens de parlementaire behandeling dit aspect niet aan de orde is geweest, lijkt voornoemde uitleg gevolgd te moeten worden.

Het begrip 'deelnemingen buiten Nederland' omvat tevens buitenlandse vaste inrichtingen van in Nederland gevestigde deelnemingen. Daar voor de norm van art. 15b, tweede lid, onderdeel a, vaste inrichtingen eveneens meetellen,¹⁵³ dient ook de norm van art. 2a, derde lid, onderdeel b, Uitvoeringsbeschikking, aangevuld te worden met vaste inrichtingen.¹⁵⁴ Voor laatstgenoemde norm is immers aansluiting gezocht bij de norm van art. 15b, tweede lid, onderdeel a. De uitbreiding met vaste inrichtingen is neergelegd in art. 2a, vierde lid, Uitvoeringsbeschikking. De waarde van de buitenlandse deelnemingen dient mitsdien vermeerderd te worden met de waarde van de buitenlandse vaste inrichtingen en verminderd te worden met de waarde van de in Nederland gelegen vaste inrichtingen van de buitenlandse deelnemingen. Overigens spreekt art. 2a, vierde lid, niet van vaste inrichtingen, maar van al dan niet in Nederland aanwezige bezittingen. Deze bewoording sluit aan bij het woordgebruik in art. 15b, tweede lid, onderdeel a, alwaar de vermogenstoets is opgenomen.¹⁵⁵ Het begrip 'bezittingen' is in beginsel meeromvattend dan het begrip 'vaste inrichting'.

¹⁵² TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31.

¹⁵³ Zie § 3.2.5.

¹⁵⁴ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8.

¹⁵⁵ Zie § 3.2.6.

Doordat het plafond van de overnamekas mede is gerelateerd aan de waarde van de buitenlandse deelnemingen neemt de dotatiemogelijkheid toe naarmate het CFA-lichaam meer heeft geïnvesteerd in buitenlandse deelnemingen. Deze regel brengt mede dat de risicoreserve gevormd zou moeten worden door het Nederlandse concernlichaam met de meeste, althans de hoogst gewaardeerde, buitenlandse deelnemingen.¹⁵⁶

In voorwaarde V.3 van de modelbeschikking is bepaald dat indien binnen het concern verschillende actieve financieringsmaatschappijen actief zijn, voor de bepaling van de hoogte van de overnamekas slechts de deelnemingen in aanmerking worden genomen die niet mede vanuit dit andere lichaam wordt gefinancierd of gehouden.¹⁵⁷ De mate van financiering of deelneming is niet van belang. Een deelneming ter waarde van 100 mio. wordt strikt genomen niet in aanmerking genomen indien deze deelneming een lening is aangegaan van 1000 bij een ander financieringslichaam. De uitstaande leningen bij binnenlandse en buitenlandse deelnemingen die (mede) vanuit een andere financieringsmaatschappij worden gefinancierd of gehouden, worden wel in aanmerking genomen. Door voorwaarde V.3 worden concerns aangespoord de financieringsactiviteiten zoveel mogelijk vanuit het Nederlandse CFA-lichaam te verrichten. Deze voorwaarde lijkt evenwel niet binnen het kader van het achtste lid gesteld te kunnen worden.¹⁵⁸ Noch in de wet, noch in de parlementaire behandeling wordt steun gevonden voor het bepaalde in voorwaarde V.3 van de modelbeschikking. Een dergelijke beperking valt evenmin te lezen in art. 2a, derde lid, onderdeel b, Uitvoeringsbeschikking. Dit in tegenstelling tot de norm van het derde lid, onderdeel a, waarin in geval van meerdere financieringsmaatschappijen het plafond wordt vastgesteld overeenkomstig de verhouding tussen het eigen vermogen van het CFA-lichaam en het gezamenlijke eigen vermogen van alle financieringsmaatschappijen tezamen.

5.3.5.2.3 Waarde van binnenlandse deelnemingen

Het plafond van de overnamekas wordt mede bepaald door de waarde in het economische verkeer van de binnenlandse deelnemingen. Het bedrag dat in aanmerking wordt genomen is evenwel niet groter dan 1/9 deel van de waarde in het economische verkeer van de buitenlandse deelnemingen. Volgens de toelichting is deze norm ontleend aan art. 15b, tweede lid, onderdeel a (vermogenstoets), waar de financieringsactiviteiten in Nederland worden beperkt tot maximaal 10% van de totale financieringsactiviteiten van het lichaam. Het totaal van de financieringsactiviteiten bedraagt dan 10/10. De verhouding binnenland versus buitenland wordt daarmee gesteld op 1:9. In het geval van de overnamekassen wordt de omvang van de binnen-

¹⁵⁶ Zie ook de vraag van de VVD-fractie in TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 7, Nader verslag, blz. 18.

¹⁵⁷ Zie § 3.4.9.3.

¹⁵⁸ Zie ook S.E. Faber en M.V. Lambooy, De modelbeschikking concernfinancieringsmaatschappijen: lust of last?, Weekblad 1997, blz. 1579

landse deelnemingen niet gerelateerd aan de totale omvang van de deelnemingen maar aan de omvang van de buitenlandse deelnemingen. Teneinde een zelfde verhouding te krijgen mag voor de binnenlandse deelnemingen maximaal 1/9 deel van het bedrag van de buitenlandse deelnemingen in aanmerking worden genomen ¹⁵⁹

De waarde van de binnenlandse deelnemingen dient ingevolge art. 2a, vierde lid, Uitvoeringsbeschikking, vermeerderd te worden met de waarde van buitenlandse deelnemingen voorzover de waarde daarvan is toe te rekenen aan in Nederland aanwezige bezittingen, en verminderd te worden met binnenlandse deelnemingen voorzover de waarde daarvan is toe te rekenen aan niet in Nederland aanwezige bezittingen.

5.3.5.2.4 Toerekening van schulden

Het bedrag van de uitstaande leningen en de waarde van de buitenlandse en binnenlandse deelnemingen wordt verminderd met het bedrag van de schulden van het CFA-lichaam die verband houden met deze leningen en deelnemingen. Het bedrag van de schulden verlaagt het plafond van de overnamekas. Voor de toerekening van schulden dient in beginsel de historische methode te worden gevolgd ¹⁶⁰. Is geen verband meer zichtbaar tussen de schulden en de activiteiten, dan kan de mathematische methode worden toegepast.

Het bedrag van de binnenlandse deelnemingen is gemaximeerd tot 1/9 deel van de waarde van de buitenlandse deelnemingen. De vraag rijst of dit maximum van 1/9 berekend dient te worden vóór of na aftrek van de schulden. Een grammaticale uitleg van art. 2a, derde lid, lijkt tot de gevolgtrekking te leiden dat het maximum van 1/9 vóór aftrek van de schulden berekend moet worden. De schulden die verband houden met de binnenlandse deelnemingen worden alsdan in dezelfde verhouding in aanmerking genomen.

Voorbeeld

CFA-lichaam X houdt buitenlandse deelnemingen met waarde 900 en binnenlandse deelnemingen met een waarde van 250. De buitenlandse deelnemingen zijn deels gefinancierd met een lening van 400, de binnenlandse deelnemingen zijn gefinancierd met 180 vreemd vermogen. Het plafond van de overnamekas bedraagt

¹⁵⁹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33.

¹⁶⁰ Zie § 5.2.2.1.

buitenlandse deelnemingen		
waarde (100%)	900	
schuld (100%)	400	
	—	
		500
binnenlandse deelnemingen		
waarde (maximaal 1/9 van waarde buitenlandse deelnemingen)	100	
schuld (1/9 van volledige schuld)	20	
	—	
		80
		—
plafond overnamekas		580

5.3.6 Peildatum

De vraag rijst per welk tijdstip beoordeeld dient te worden in hoeverre aan de criteria van de overnamekas is voldaan Art 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, merkt daar niets over op Ook tijdens de parlementaire behandeling is geen aandacht besteed aan dit aspect

Faber en Van der Geld zijn van mening dat voor de beoordeling of aan het kwantitatieve criterium is voldaan, gemiddelde waarden (bijvoorbeeld kwartaalgemiddelden) genomen moeten worden, zodat overschrijding van de limiet als gevolg van een plotselinge koersval, kan worden vermeden ¹⁶¹ Volgens Van der Lande worden de voorwaarden voor de overnamekas jaarlijks getoetst ¹⁶² Allen zijn van mening dat sprake is van een incidentele toets, en dus niet van een continuetoets. Tijdens de parlementaire behandeling is aan deze vraag geen aandacht besteed

De wettekst, de Uitvoeringsbeschikking, noch de parlementaire behandeling creëert enige duidelijkheid omtrent het tijdstip waarop beoordeeld moet worden of aan de criteria van de overnamekas is voldaan Vanuit een praktisch oogpunt kan wellicht aangesloten worden bij de peildatum van de vermogenstoets van art 15b, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 Ingevolge de vierde volzin van het derde lid wordt op het einde van het boekjaar getoetst of de vermogensnorm is overschreden ¹⁶³ Aldaar is sprake van een jaarlijkse toetsing achteraf Indien voor de peildatum van de criteria van de overnamekas hierbij aansluiting wordt gezocht betekent dit een toetsing van de criteria van art 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, per het einde van het boekjaar De bepaling van de waarden geschiedt naar de feiten en omstandigheden

¹⁶¹ S E Faber en J A G van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, Weekblad 1996, blz 761

¹⁶² M L B van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz 32

¹⁶³ Zie § 3.2.3

zoals deze per het einde van het boekjaar zijn gebleken. Gegevens die na de het einde van het boekjaar bekend zijn geworden over de toestand per die datum, moeten voor de waardering in acht worden genomen ¹⁶⁴

5.3.7 Niet voldoen aan kwalitatieve of kwantitatieve norm

Kan het CFA-lichaam per het einde van het boekjaar ondanks de marginale toetsing niet aannemelijk maken dat de overnamekas wordt aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen (kwalitatieve norm), dan telt de opbrengst van de overnamekas in het desbetreffende boekjaar niet mee voor de reserveringsgrondslag

Stijgt de overnamekas uit boven de kwantitatieve normen van art 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, dan zal het CFA-lichaam aannemelijk moeten maken dat hiervoor een reden is. Kan het CFA-lichaam een dergelijke reden niet aannemelijk maken, dan past het bedrag van de beleggingen blijkbaar niet bij de omvang van het concern. De vraag rijst dan wat de sanctie is op overschrijding van de kwantitatieve norm. Wordt de gehele opbrengst van de overnamekas van het desbetreffende boekjaar buiten beschouwing gelaten, of is de sanctie slechts beperkt tot dat deel van de opbrengst welke is toe te rekenen aan de beleggingen waarmee de norm is overschreden. Een strikt grammaticale uitleg van de tekst van art 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, leidt tot de gevolgtrekking dat geen sprake is van een overnamekas indien het bedrag van de beleggingen niet past bij de omvang van het concern. Is niet voldaan aan de kwantitatieve norm dan behoort de gehele opbrengst van de overnamekas buiten beschouwing te blijven. Wellicht is de staatssecretaris in de uitvoeringssfeer bereid deze zware sanctie te verlichten, en kan aansluiting worden gezocht bij de sanctie op overschrijding van de vermogenstoets in art 15b, tweede lid, onderdeel a. Aldaar is de sanctie beperkt tot dat deel van de winst dat is toe te rekenen aan het financieringsvermogen waarmee de vermogensnorm is overschreden.

5.3.8 Nevenactiviteit van financieringsactiviteit

Een lichaam dient financieringsactiviteiten te verricht teneinde een risicoreserve te kunnen vormen. Wordt een risicoreserve gevormd, dan wordt de omvang van de reserve mede bepaald door de opbrengst van de overnamekas. Een overnamekas kan volgens de parlementaire behandeling dan ook alleen worden aangehouden door een lichaam dat financieringsactiviteiten verricht en aan wie het is toegestaan een risicoreserve te vormen ¹⁶⁵. In de memorie van antwoord is opgemerkt dat het aanhouden van de overnamekas moet worden gezien als een nevenactiviteit van het verrichten

¹⁶⁴ Zie onder meer HR 19 augustus 1987, BNB 1987/279

¹⁶⁵ EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 52b, Memorie van antwoord, blz 11

van financieringsactiviteiten.¹⁶⁶ De Tweede Kamerleden De Vries en Voûte-Droste hebben de staatssecretaris de vraag gesteld of dit citaat wordt aangegrepen om een derde toets te introduceren, inhoudende dat de overnamekas ruwweg niet groter mag zijn dan het bedrag van de uitstaande intercompany leningen.¹⁶⁷ De staatssecretaris antwoordt dat voor de maximale omvang van de overnamekas art. 2b van de Uitvoeringsbeschikking geldt. Slechts indien zich bij de aanvang van het vormen van een risicoreserve overgangsproblemen voordoen (het lichaam moet bijvoorbeeld nog groeien naar de spilfunctie), kunnen volgens de staatssecretaris in voorkomende gevallen de kwalitatieve criteria worden aangevuld met kwantitatieve criteria.¹⁶⁸ Gezien dit weinig doorzichtige antwoord, blijft onduidelijk in hoeverre een derde toets is geïntroduceerd. De staatssecretaris lijkt wel aan te geven dat in zijn algemeenheid een derde toets niet wordt gesteld. Slechts in geval van opstartperikelen zal mogelijk een ander maximum worden gesteld aan de omvang van de overnamekas dan genoemd in art. 2b juncto art. 2a Uitvoeringsbeschikking.

Mijns inziens is de maximumomvang van de overnamekas uitdrukkelijk en uitputtend geregeld in art. 2b juncto art. 2a Uitvoeringsbeschikking. Binnen de normen van art. 2a Uitvoeringsbeschikking kan de omvang van de overnamekas de omvang van het concernfinancieringsvermogen overtreffen. Hetzelfde geldt voor de inkomsten daaruit. De inkomsten uit de overnamekas kunnen de financieringsinkomsten te boven gaan. Ook gedurende de aanvangsfase is uitsluitend het plafond van art. 2a Uitvoeringsbeschikking van toepassing.

De vraag rijst of de opbrengst van de overnamekas gereserveerd kan worden ingeval er in het desbetreffende boekjaar:

- a. geen financieringsactiviteiten worden verricht,
- b. geen financieringswinst wordt genoten, of
- c. geen financieringswinst gedoteerd kan worden omdat niet is voldaan aan de inkomstentoets van art. 15b, tweede lid, aanhef, onderdeel b, Wet Vpb. 1969 .

ad a. Wordt in enig jaar geen financieringsactiviteit verricht ten behoeve van concernlichamen dan dient ingevolge het zevende lid de risicoreserve bij het begin van het desbetreffende boekjaar te worden opgeheven.¹⁶⁹ De opbrengst van de overnamekas kan uiteraard niet worden gedoteerd. Deze uitleg is conform de opmerking in de memorie van antwoord van de Eerste Kamer, inhoudende dat een overnamekas

166 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 52b, Memorie van antwoord, blz. 11

167 Kamervragen van B M de Vries en Voute-Droste aan de staatssecretaris van Financien inzake de concernfinancieringsmaatschappijen, 3 juni 1997, V-N 1997, blz. 3051.

168 Antwoorden van de staatssecretaris van Financien op vragen van de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal B M de Vries en Voute-Droste over de concernfinancieringsmaatschappijen, 21 augustus 1997, Persbericht Ministerie van Financien, nr. 97/133, V-N 1997, blz. 3053.

169 Zie § 6.2.4.2

alleen kan worden aangehouden door een lichaam dat financieringsactiviteiten verricht en aan wie het is toegestaan een risicoreserve te vormen.¹⁷⁰

ad b. Verricht het CFA-lichaam wel enige financieringsactiviteit, dan kan zich het geval voordoen dat geen financieringswinst wordt genoten. Bijvoorbeeld omdat de kosten die samenhangen met de financieringsactiviteit hoger zijn dan de inkomsten daaruit. Alsdan blijft de reeds opgebouwde risicoreserve in stand. De opbrengst van de overnamekas kan worden gereserveerd, met inachtneming van het dotatiemaximum van 80% van het belastbaar bedrag.

ad c. Ingevolge de vijfde volzin van het derde lid blijft dotatie aan de risicoreserve in enig jaar achterwege indien niet aan de inkomstentoets van het tweede lid is voldaan. Ook de opbrengst van de overnamekas kan in het betreffende jaar niet worden gereserveerd.

5.3.9 Substancevoorwaarden

Volgens de staatssecretaris vormen de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking, tevens het uitgangspunt voor de substancevoorwaarden bij toepassing van art. 15b Wet Vpb. 1969.¹⁷¹ Voldoet het CFA-lichaam niet aan één van de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking, dan is niet voldaan aan de substancevoorwaarden en kan volgens de staatssecretaris geen risicoreserve worden gevormd. Indien het CFA-lichaam zich bijvoorbeeld bezig houdt met het beheer van permanent overtollige liquiditeiten, zou het CFA-lichaam strikt genomen over onvoldoende substance beschikken. Als gevolg daarvan zou in de visie van de staatssecretaris het CFA-lichaam geen risicoreserve mogen vormen. Een dergelijke uitleg is evenwel niet te rijmen met het bepaalde in art. 15b, derde lid, Wet Vpb. 1969 juncto art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking.¹⁷² Daarin leidt het beheer van permanent overtollige liquiditeiten slechts tot het gevolg dat de opbrengsten daaruit niet gedoteerd kunnen worden. Deze liquiditeiten maken immers geen deel uit van de overnamekas.

5.4 VERHOGING PERCENTAGE VAN 80% NAAR 100%

5.4.1 Inleiding

Jaarlijks kan ten hoogste 80% van de behaalde concernfinancieringswinst alsmede van de kortlopende beleggingen, aan de risicoreserve worden gedoteerd. Ingevolge art. 15b, derde lid, wordt het percentage van 80% in een tweetal gevallen verhoogd

170 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 11.

171. Zie § 2.3.3.

172. Zie § 2.3.3.2.2

naar 100%. Ten eerste is een verhoging van toepassing op positieve voordelen als gevolg van wijzigingen in valutaverhoudingen. Ten tweede geldt een verhoging voor positieve voordelen die samenhangen met een risico waarvoor in een eerder stadium een bedrag aan de risicoreserve is onttrokken.

5.4.2 Valutawinsten

Valutaresultaten die onderdeel uitmaken van de concernfinancieringswinst en van de opbrengst van kortlopende beleggingen, kunnen voor 100% aan de risicoreserve worden gedoteerd. Met name ter zake van financieringsactiviteiten ten behoeve van in het buitenland gevestigde concernlichamen zullen valutaresultaten worden gerealiseerd. In het voorstel van wet was deze uitbreiding van de dotatiemogelijkheid nog niet opgenomen.¹⁷³ Dit zou betekenen dat valutawinsten slechts voor 80% gereserveerd kunnen worden. In de nota naar aanleiding van het verslag is art. 15b zodanig aangepast dat valutawinsten behaald met financieringsactiviteiten en kortlopende beleggingen voor 100% aan de risicoreserve toegevoegd kunnen worden. Dit ligt volgens de staatssecretaris meer in de lijn van het voorstel inzake de functionele valuta.¹⁷⁴ Ingevolge dit voorstel wordt het belastingplichtige onder bepaalde voorwaarden toegestaan het belastbaar bedrag te berekenen in een andere geldeenheid dan de gulden. Dit voorstel, dat uiteindelijk vorm heeft gekregen in art. 7, vijfde lid, Wet Vpb. 1969 en is uitgewerkt in een ministeriële regeling,¹⁷⁵ beoogt onder meer de valutaresultaten uit de belastingheffing te elimineren.¹⁷⁶ In lijn met de strekking van het voorstel inzake functionele valuta, blijft het valutaresultaat dat een CFA-lichaam behaald met financieringsactiviteiten of de overnamekas in beginsel volledig buiten de belastingheffing. Het valutaresultaat kan voor 100% aan de risicoreserve worden gedoteerd.

Voorts wenst de staatssecretaris de valutaresultaten zo neutraal mogelijk te behandelen. De omstandigheid dat valutaverliezen op grond van art. 15b, vierde lid, voor het geheel aan de risicoreserve moeten worden onttrokken, is volgens de staatssecretaris mede een reden om valutawinsten voor het geheel aan de risicoreserve toe te voegen.¹⁷⁷ Laatstgenoemd argument is weinig plausibel gezien het ontbreken van symmetrie in de regeling van art. 15b. De risico's waarvoor de reserve is gevormd omvatten bijvoorbeeld ook het houden van deelnemingen. Een deelnemingsverlies wordt in zijn geheel aan de risicoreserve onttrokken. Dit leidt er evenwel niet toe dat een belast deelnemingsresultaat aan de risicoreserve gedoteerd kan worden. Maakt een positief valutaresultaat deel uit van het belaste deelnemingsresultaat, dan kan het

173. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 2, Voorstel van wet, blz 6.

174. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 3.

175. Ministeriële regeling, functionele valuta, 21 augustus 1997, nr WDB97/348, V-N 1997, blz. 3043-3049

176. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 3, Memorie van toelichting, blz 14.

177. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 6, Nota van wijziging, blz 10

valutaresultaat evenmin worden gereserveerd.¹⁷⁸ De motivering van de staatssecretaris is voorts weinig steekhoudend gezien het gegeven dat een valutaverlies ten aanzien van de overnamekas niet aan de risicoreserve onttrokken behoeft te worden. Een valutawinst kan daarentegen wel aan de risicoreserve worden gedoteerd.

Een positief valutaresultaat zal niet altijd voor 100% aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden. De dotatie is immers beperkt tot 80% van het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam.

5.4.2.1 Positief voordeel

De wettekst spreekt van 'positieve voordelen als gevolg van wijzigingen in valuta-verhoudingen'. Het begrip 'positieve voordelen' is ook gebruikt in art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, Wet Vpb. 1969 en dient uitgelegd te worden als een brutobegrip dat nadelen uitsluit.¹⁷⁹ Negatieve valutaresultaten op financieringsactiviteiten behoren in beginsel tot de concernfinancieringswinst. Op basis van het bepaalde in het eerste lid, onderdeel b, 1°, zijn deze valutaverliezen uitgezonderd van de financieringswinst voorzover ter zake van deze verliezen een belaste onttrekking heeft plaatsgevonden. Uiteraard kunnen uitsluitend positieve valutaresultaten de dotatiegrondslag verhogen tot 100%. Negatieve valutaresultaten ten aanzien van de overnamekas behoren niet tot de concernfinancieringswinst. Ter zake van een dergelijk verlies behoeft geen bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een tweetal concernvorderingen. Op de eerste vordering wordt in enig jaar een valutawinst gerealiseerd van 25. Op de tweede vordering wordt in hetzelfde jaar een valutaverlies geleden van 15. De concernfinancieringswinst bedraagt 10. Een bedrag van 10 kan aan de risicoreserve worden gedoteerd. Indien ter zake van het valutaverlies een belaste onttrekking plaatsvindt aan de risicoreserve, behoort het verlies niet tot de financieringswinst. De concernfinancieringswinst bedraagt alsdan 25. Ingevolge art. 15b, derde lid, kan een bedrag van 25 aan de risicoreserve worden gedoteerd.

Bij de uitleg van het begrip 'positieve voordelen' behoeft geen kostentoerekening plaats te vinden. Aangezien de toevoeging aan de risicoreserve wordt gesteld op 100% van de concernfinancieringswinst,¹⁸⁰ hetgeen een nettobegrip is, heeft het begrip 'positieve voordelen' geen betekenis in de situatie dat geen andere concernfinancieringswinst is gerealiseerd.

178 Anders J.R. Bakker en P.M. Smit e.a., *De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer, 1997, blz. 73: 'Dit lijkt te betekenen dat de positieve valutaresultaten bij verkoop van niet-onderworpen deelnemingen voor honderd procent aan de reserve kunnen worden toegevoegd.'

179 Zie § 5.2.3.2.

180 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 2, Mémorie van toelichting, blz. 33.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een concernvordering in een sterke buitenlandse valuta. Bij realisatie van de vordering wordt een valutawinst behaald van 25. De kosten die samenhangen met de realisatie bedragen 5. De concernfinancieringswinst is 20. Ondanks dat in beginsel het positieve voordeel als gevolg van wijzigingen in het valutaresultaat 25 bedraagt, zal slechts 100% van de concernfinancieringswinst, ofwel 20 aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een concernvordering in een sterke buitenlandse valuta. Bij realisatie van de vordering wordt een valutawinst behaald van 25. De kosten die samenhangen met de realisatie bedragen 5. X geniet in het desbetreffende jaar tevens een rentebate van 200 ter zake van een uitstaande concernlening. De daarmee samenhangende kosten bedragen 30. De concernfinancieringswinst bedraagt 190. Het positieve voordeel van 25 kan in zijn geheel aan de risicoreserve worden gedoteerd. De overige financieringswinst ad 165 kan voor 80% aan de risicoreserve worden gedoteerd.

5.4.2.2 Valutaresultaat concernfinancieringsactiviteiten

Valutawinsten behaald met concernfinancieringsactiviteiten, waaronder begrepen valutarisicobeheersactiviteiten ten behoeve van concernlichamen,¹⁸¹ en valutawinsten gerealiseerd met de overnamekas mogen voor 100% worden gereserveerd. Dit betekent onder meer dat de gerealiseerde valutawinst op een concernlening in vreemde valuta, volledig aan de risicoreserve gedoteerd mag worden. Een vergoeding welke het CFA-lichaam ontvangt van een concernlichaam vanwege de overname van een valutarisico, de lening op het in het buitenland gevestigd concernlichaam luidt bijvoorbeeld in de valuta van het desbetreffende land, behoort eveneens tot de concernfinancieringswinst welke volledig aan de risicoreserve mag worden toegevoegd.

De Hoge Raad heeft in het arrest HR 28 april 1999, BNB 1999/313, in het kader van de deelnemingsvrijstelling overwogen dat ter zake van een lening welke luidt in een zwakke buitenlandse valuta, een gedeelte van de rentevergoeding als een vergoeding voor valutarisico kan worden aangemerkt. Deze overweging zou in het kader van de concernfinancieringsregeling kunnen betekenen dat indien een CFA-lichaam een lening in een buitenlandse valuta verstrekt aan een concernlichaam, in de rentebate een vergoeding te onderkennen is voor het valutarisico ter zake van de lening in de desbetreffende munteenheid. Voorzover een valutaresultaat in de rente tot uitdrukking komt, bedraagt de dotatiegrondslag geen 80%, doch 100%. Overigens is het aanbrengen van een verantwoorde splitsing in de praktijk geen sinecure.

181 Zie § 4.2.6.6

5.4.2.3 *Resultaat valuta-afdekinstrumenten*

Indien het CFA-lichaam het valutarisico op de verstrekte concernleningen heeft afgedekt, rijst de vraag in hoeverre de dotatieverhoging geldt voor het resultaat op valuta-afdekinstrumenten.¹⁸² Deze vraag dient positief te worden beantwoord indien dit valutaresultaat tot de concernfinancieringswinst behoort. Tot de concernfinancieringswinst behoren in ieder geval de kosten die toegerekend kunnen worden aan deze financieringswinst.¹⁸³ Indien het resultaat op valuta-afdekinstrumenten tot deze kosten behoort, maakt dit valutaresultaat tevens onderdeel uit van de concernfinancieringswinst.

Voor de beantwoording van de vraag of het resultaat op valuta-afdekinstrumenten tot de (negatieve) kosten behoort die verband houden met de financieringsactiviteiten, kan te rade worden gegaan bij de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Aldaar spelen valutaresultaten onder meer een rol bij schulden aangegaan ter financiering van een buitenlandse deelneming. De kosten ter zake van een dergelijke deelneming, bijvoorbeeld de rentekosten die met de schuld verband houden, worden getroffen door de aftrekbeperking van art. 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969. Indien zo'n schuld in vreemde valuta luidt, komt de vraag op of een valutaresultaat op deze schuld gezien wordt als niet-aftrekbare kosten in de zin van art. 13, eerste lid. De Hoge Raad heeft in HR 20 april 1977, BNB 1977/162 beslist dat valutaresultaten op leningen, die strekken tot financiering van een buitenlandse deelneming, geen kosten zijn als bedoeld in art. 13, eerste lid. De uitleg van de Hoge Raad heeft tot gevolg dat het valutakoersresultaat op de lening tot de fiscale winst behoort, terwijl de verschuldigde rente niet in aftrek kan worden gebracht. De rente en het koersresultaat worden fiscaal verschillend behandeld. Valutaresultaten op leningen vallen niet onder de deelnemingsvrijstelling en worden normaal belast. Het valutaresultaat behaald op de deelneming zelf valt daarentegen wel onder de deelnemingsvrijstelling.¹⁸⁴ In 1990 heeft de staatssecretaris te kennen gegeven dat het begrip 'kosten' voor de toepassing van art. 13, eerste lid, door de Hoge Raad nogal eng wordt uitgelegd.¹⁸⁵ Hij nodigt de inspecteurs dan ook uit nieuwe rechtspraak uit te lokken. In het arrest HR 17 november 1993, BNB 1994/273 volgt de Hoge Raad evenwel haar uitleg van BNB 1977/162. In dat geval poogt een houdstervennootschap het valutarisico voortvloeiende uit Belgische deelnemingen te beperken door het sluiten van valutatermijncontracten. Op deze termijncontracten wordt een verlies geleden. De Hoge Raad oordeelt dat het resultaat van valutatermijncontracten is aan te merken als het resultaat van zelfstandige transacties in de vermogenssfeer. Het begrip 'kosten' zou volgens de Hoge Raad buiten zijn grenzen worden uitgebreid, indien zodanige resultaten daaronder mede zouden zijn begrepen. Vanaf 1 januari 1997 is art. 13, eerste lid,

182 Zie ook J.R. Bakker en P.M. Smit, *De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer, 1997, blz. 65.

183 Zie § 5.2.2.1.

184. HR 9 juli 1982, BNB 1982/230.

185 Mededeling staatssecretaris van Financien, 12 juni 1990, nr. DB90/3306, Infobulletin 1990/432

zodanig aangepast dat valutaresultaten op leningen die strekken tot financiering van buitenlandse deelnemingen, alsmede kosten en valutaresultaten ter zake van valutaafdekinstrumenten, onder de deelnemingsvrijstelling zijn gebracht.

Wordt voorgaande uitleg van de Hoge Raad voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling doorgetrokken naar de concernfinancieringsregeling, dan heeft dat tot gevolg dat het valutaresultaat op leningen die strekken tot financiering van concernleningen of andere financieringsactiviteiten, niet tot de kosten behoort die onderdeel uitmaken van de concernfinancieringswinst. Valutaresultaten op valutaafdekinstrumenten behoren evenmin tot deze kosten. Ondanks dat de leningen of de valutaafdektransacties onlosmakelijk verbonden kunnen zijn met de financieringsactiviteiten, betreft het in de visie van de Hoge Raad, zelfstandige transacties welke zich in de vermogenssfeer afspelen. Het valutaresultaat op deze transacties behoort mitsdien niet tot de concernfinancieringswinst. Ook zelfstandig beoordeeld kwalificeren deze transacties niet als financieringsactiviteit, zij worden immers niet verricht ten behoeve van concernlichamen. In dat opzicht behoren de valutaresultaten evenmin tot de concernfinancieringswinst. Een verhoging van de dotatiegrondslag tot 100% is niet aan de orde. Het feit dat de wet in het kader van de deelnemingsvrijstelling is gewijzigd doet aan voorgaande conclusie niet af. Evenmin behoort een dergelijk valutaresultaat tot de opbrengst van de overnamekas. Het betreft immers geen kortlopende beleggingen welke dienen voor toekomstige acquisities. Ter zake van een valutaverlies op deze transacties lijkt wel een bedrag aan de risicoreserve onttrokken te moeten worden.¹⁸⁶

Het afdekken van valutarisico's op concernfinancieringsactiviteiten moet onderscheiden worden van valutarisicobeheersactiviteiten. Het CFA-lichaam ontplooit laatstgenoemde activiteiten ten behoeve van concernlichamen welke hun valutarisico's overhevelen naar het CFA-lichaam. De overname van deze valutarisico's kwalificeert als financieringsactiviteit.¹⁸⁷ De vergoeding voor het overnemen van de valutarisico's behoort tot de concernfinancieringswinst. Een verlies als gevolg van valutarisicobeheer dient belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Indien het CFA-lichaam haar eigen valutarisico's op concernfinancieringsactiviteiten afdekt, bijvoorbeeld het afdekken van de valutarisico's die worden overgenomen van concernlichamen, kwalificeert deze activiteit niet als financieringsactiviteit. Evenmin behoren de resultaten op valutaafdekinstrumenten tot de kosten die onderdeel uitmaken van de financieringswinst.

¹⁸⁶ Zie § 6.2.2.1.3

¹⁸⁷ Zie § 4.2.6.6

5.4.3 Voordelen samenhangend met eerdere onttrekking

Ingevolge art. 15b, derde lid, tweede volzin, wordt het reserveringspercentage van 80% verhoogd tot 100% voorzover de concernfinancieringswinst bestaat uit positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid en voor welk risico in een eerder stadium een bedrag aan de risicoreserve is onttrokken, doch ten hoogste voor het laatstbedoelde bedrag. Daar per saldo geen verlies ter zake van enig risico is geleden, kan de risicoreserve volledig worden hersteld.

5.4.3.1 Voordeel van ander concernlichaam

De tweede volzin van het derde lid is in grote lijn gelijkloidend aan art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°. Daarin is bepaald dat tot de concernfinancieringswinst behoren de positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid, welke onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van andere tot het concern behorende lichamen, en voor welk risico in een eerder stadium een bedrag aan de risicoreserve is onttrokken, doch ten hoogste voor het laatstbedoelde bedrag. De parallel tussen beide bepalingen leidt tot de gevolgtrekking dat de positieve voordelen van andere concernlichamen, die volgens art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, tot de concernfinancieringswinst behoren, ingevolge art. 15b, derde lid, tot maximaal 100% gereserveerd kunnen worden. Voor een voorbeeld zij verwezen naar § 5.2.3.

5.4.3.2 Voordeel van CFA-lichaam

Doordat in art. 15b, derde lid, de zinsnede ‘welke onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van andere tot het concern behorende lichamen’ ontbreekt, ziet een verhoging tot 100% niet uitsluitend op voordelen als bedoeld in art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, maar ook op concernfinancieringswinst als bedoeld in onderdeel b, 1°. De concernfinancieringswinst dient uiteraard wel samen te hangen met een risico waarvoor in een eerder stadium een bedrag aan de reserve is onttrokken. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de vervreemdingswinst van een in een eerder stadium afgewaardeerde concernlening.¹⁸⁸ Deze winst van het CFA-lichaam kan in beginsel voor 100% aan de risicoreserve worden gedoteerd. De door het CFA-lichaam gerealiseerde vervreemdingswinst ter zake van een afgewaardeerde deelneming behoort niet tot de concernfinancieringswinst als bedoeld in onderdeel b, 1°, en kan derhalve niet, zelfs niet voor 80%, worden gereserveerd.¹⁸⁹ Deze winst behoort evenmin tot de positieve voordelen ingevolge onderdeel b, 2°.¹⁹⁰

188. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33.

189. Anders J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 583 en 584.

190. Zie § 5.2.3.3

Voorbeeld:

In jaar 1 waardeert CFA-lichaam X een concernlening van nominaal 100 af tot 75. Deze afwaardering leidt tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve van 25. De afwaardering wordt geneutraliseerd door de belaste onttrekking. In jaar 3 is de vordering weer volwaardig. De opwaardering leidt ingevolge het eerste lid, onderdeel b, 1°, tot concernfinancieringswinst van 25. Van deze 25 mag op basis van het derde lid niet slechts 80%, maar 100% aan de risicoreserve worden gedoteerd. De belaste opwaardering wordt geneutraliseerd door de dotatie aan de risicoreserve.

5.4.3.3 Positieve voordelen

Het derde lid spreekt van '(...) voorzover de concernfinancieringswinst bestaat uit positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid (...)'. Het begrip 'positieve voordelen' dient uitgelegd te worden als een brutobegrip dat nadelen uitsluit.¹⁹¹ Dit betekent onder meer dat er geen kostentoerekening behoeft plaats te vinden. Aangezien de toevoeging aan de risicoreserve wordt gesteld op 100% van de concernfinancieringswinst,¹⁹² hetgeen een nettobegrip is, heeft het begrip 'positieve voordelen' geen betekenis in de situatie dat geen andere concernfinancieringswinst is gerealiseerd.¹⁹³

Voorbeeld:

CFA-lichaam X boekt een concernlening af van 100 naar 75. In jaar 3 wordt de vordering met een boekwinst van 25 vervreemd. De adviseurskosten die verband houden met deze vervreemding bedragen 10. De concernfinancieringswinst bedraagt 15. Ondanks dat het positieve voordeel 25 bedraagt, zal slechts 15 aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden.

5.4.3.4 Doch ten hoogste voor het laatstbedoelde bedrag

De laatste zinsnede van de tweede volzin van art. 15b, derde lid, luidt als volgt: 'doch ten hoogste voor het laatstbedoeld bedrag'. Deze beperking heeft geen betrekking op de verhoging als gevolg van wijzigingen in valutaverhoudingen, maar op de verhoging ter zake van positieve voordelen die samenhangen met risico's waarvoor in een eerder stadium een bedrag belast aan de risicoreserve is onttrokken. De vraag rijst of deze zinsnede een beperking stelt aan de gehele toevoeging aan de reserve of slechts een beperking stelt aan het gedeelte van de financieringswinst dat voor 100%

¹⁹¹ Zie § 5.2.3.2

¹⁹² TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 2, Memorie van toelichting, blz. 33.

¹⁹³ Zie § 5.4.2.1

kan worden gedoteerd. In dit laatste geval wordt de financieringswinst gecompartmenteerd, te weten een gedeelte dat voor 100% kan worden gedoteerd en een deel dat voor 80% kan worden gereserveerd. Een voorbeeld ter verduidelijking.

Voorbeeld

In jaar 1 waardeert CFA-lichaam X een concernlening van 100 af tot 65. De afwaardering leidt tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve van 35. In jaar 3 kent de vordering een waarde van 105. Een opwaardering leidt tot concernfinancieringswinst van 40. Ter zake van deze winst mag in ieder geval een bedrag van 32 aan de reserve worden gedoteerd. De vraag rijst of op basis van art. 15b, derde lid, de reserveringsgrondslag wordt verhoogd tot 35 of 39.

Heeft de laatste zinsnede van art. 15b, derde lid, tweede volzin, betrekking op de gehele dotatie, dan kan slechts een bedrag van 35 worden gedoteerd. Indien deze zinsnede slaat op het gedeelte van de financieringswinst dat voor 100% kan worden gedoteerd, kan een bedrag van 39 worden gereserveerd, te weten 100% van 35 plus 80% van 5.

De tweede volzin van art. 15b, derde lid, spreekt van een verhoging tot 100% *voorzover* de financieringswinst bestaat uit voordelen die samenhangen met een risico ter zake waarvan in een eerder stadium een belaste onttrekking heeft plaatsgevonden. Dit zou voor voornoemd voorbeeld betekenen dat de gehele financieringswinst van 40 kan worden gedoteerd. Immers, de gehele financieringswinst hangt samen met een risicodragende financieringsactiviteit ter zake waarvan in een eerder stadium een bedrag belast aan de reserve is onttrokken. De laatste zinsnede van art. 15b, derde lid, beperkt de verhoging tot het bedrag dat indertijd belast aan de reserve is onttrokken, in het voorbeeld een bedrag van 35. Voor de overige financieringswinst lijkt een reguliere reservering van 80% mogelijk. Dit betekent een reserveringsmogelijkheid van 39.

Voornoemde interpretatie lijkt gezien de strekking van de verhoogde dotatiemogelijkheid een logische gevolgtrekking. De ratio van de verhoging is dat nu achteraf per saldo geen verlies ter zake van enig risico is geleden, de risicoreserve volledig kan worden hersteld. De verhoging beoogt een neutrale correctie van de eerdere onttrekking. In het voorbeeld is mitsdien een herstel gerechtvaardigd voor een bedrag 35. Is de eertijdse onttrekking beperkt geweest doordat de omvang van de risicoreserve ontoereikend was, dan beperkt de verhoging zich uiteraard tot het gedeelte dat belast aan de risicoreserve is onttrokken. Voorzover de financieringswinst bestaat uit meer dan alleen het herstel van de risicoreserve, kan op basis van de reguliere systematiek 80% daarvan aan de reserve worden toegevoegd.

5.4.3.5 *Samenloop met valutawinsten*

In het positieve voordeel van een ander concernlichaam dat ingevolge het eerste lid, onderdeel b, 2°, tot de concernfinancieringswinst behoort, kan uiteraard een valutaresultaat begrepen zijn. De dotatiegrondslag voor dit valutaresultaat wordt om tweeërlei redenen verhoogd tot 100%, ten eerste omdat het een valutaresultaat betreft, ten tweede vanwege de kwalificatie als positief voordeel. Een onderscheid tussen beide kwalificaties lijkt niet relevant.

Voorbeeld

Concernlichaam Y boekt in jaar 1 een niet-onderworpen buitenlandse deelneming af van 100 naar 75. Y brengt een bedrag van 25 ten laste van haar winst. Bij CFA-lichaam X wordt in jaar 1 een bedrag van 25 aan de risicoreserve onttrokken en aan de winst toegevoegd. In jaar 3 wordt de buitenlandse deelneming vervreemd voor een bedrag van 100. Hierni is een koersresultaat van 10 begrepen. De belaste vervreemdingswinst van Y bedraagt 25. Een bedrag van 15 betreft een positief voordeel dat samenhangt met een risico ter zake waarvan in jaar 1 een bedrag belast aan de risicoreserve is onttrokken. Een bedrag van 10 kan als positief voordeel in voor-noemde zin kwalificeren, en als valutaresultaat aangemerkt worden. Ter zake van beide kwalificaties wordt de dotatiegrondslag verhoogd tot 100%.

5.5 BEPERKING DOTATIEMOGELIJKHEID

5.5.1 **Inleiding**

Het aan de risicoreserve toe te voegen bedrag bedraagt ingevolge art. 15b, derde lid, derde volzin, niet meer dan 80% van het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam. Dit maximum komt aan de orde indien de concernfinancieringswinst meer bedraagt dan de totale belastbare winst van de belastingplichtige die de reserve aanhoudt, bijvoorbeeld door fiscale verliezen uit de overige activiteiten die drukken op de winsten uit financieringsactiviteiten.¹⁹⁴ De verliezen uit overige activiteiten kunnen de reserveringsgrondslag in negatieve zin beïnvloeden. Ook indien de vermogens- of inkomstennorm van het tweede lid, wordt overschreden, is de dotatiegrondslag beperkt. Een bedrag dat ingevolge het dotatiemaximum niet kan worden gereserveerd, kan niet worden doorgeschoven. De dotatiemogelijkheid gaat verloren voor het niet te doteren bedrag. Kan ingevolge het plafond van 80% in enig jaar geen bedrag worden gedoteerd, dan blijft de reeds opgebouwde risicoreserve in stand. Pas indien in enig boekjaar geen enkele concernfinancieringsactiviteit is verricht, dient de risicoreserve ingevolge het zevende lid te worden beëindigd.

¹⁹⁴ TK vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33.

5.5.2 80% van belastbaar bedrag

Het aan de risicoreserve toe te voegen bedrag bedraagt ingevolge art. 15b, derde lid, derde volzin, niet meer dan 80% van het belastbaar bedrag dat door het CFA-lichaam c.q. de fiscale eenheid waarvan het CFA-lichaam deel uitmaakt, zou zijn genoten indien over dat jaar geen bedrag aan de risicoreserve zou zijn toegevoegd of zijn onttrokken.

De strekking van het dotatiemaximum is dat het niet in de lijn van de regeling ligt dat aan de ene kant ten laste van de winst wordt gereserveerd terwijl aan de andere kant verliezen die binnen het lichaam zijn geleden nog niet zijn gecompenseerd.¹⁹⁵ Met andere woorden, de verliezen uit overige activiteiten moeten eerst binnen het CFA-lichaam intern worden verrekend met de winsten uit financieringsactiviteiten, alvorens de financieringswinst kan worden gereserveerd. De vraag die dan opkomt is waarom het plafond gelijk is aan 80%, en niet aan 100% van het belastbaar bedrag. Het dotatiemaximum wordt niet verklaard met de stelling dat indien het CFA-lichaam geen overige activiteiten heeft, 80% van de concernfinancieringswinst gelijk is aan 80% van het belastbaar bedrag. Ook al zou in die situatie het plafond gesteld worden op 100% van het belastbaar bedrag, dan nog zou slechts 80% van de financieringswinst kunnen worden gereserveerd. De maximale hoogte van de dotatie wordt in eerste instantie namelijk bepaald door de omvang van de concernfinancieringswinst. Daarnaast wordt het plafond gevormd door het belastbaar bedrag. Laatstgenoemd maximum dient te voorkomen dat verliezen uit overige activiteiten niet worden verrekend, terwijl wel financieringswinsten worden gereserveerd. Gezien de strekking van het dotatiemaximum zou een plafond van 100% meer voor de hand hebben gelegen.

5.5.2.1 Toevoegingen en onttrekkingen buiten aanmerking

Het dotatiemaximum van 80% van het belastbaar bedrag wordt bepaald zonder rekening te houden met de toevoegingen en onttrekkingen aan de risicoreserve. Zou de toevoeging aan de reserve wel in ogenschouw worden genomen bij de bepaling van het dotatiemaximum, dan zou de vreemde situatie zich voordoen dat de toevoeging aan de risicoreserve begrensd wordt door een maximum waar de toevoeging weer zelf deel van uit maakt. De grootte van de dotatie zou het belastbaar bedrag beïnvloeden en daarmee het dotatiemaximum, en het dotatiemaximum bepaalt op haar beurt weer de omvang van de dotatie. Teneinde deze situatie te voorkomen, wordt bij de bepaling van het dotatiemaximum de toevoeging aan de risicoreserve buiten beschouwing gelaten.

¹⁹⁵ TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 32.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een concernfinancieringswinst van 100. X heeft geen overige activiteiten. Van de concernfinancieringswinst van 100 kan 80 worden gedoteerd aan de risicoreserve. Het belastbaar bedrag is alsdan 20. Slechts 80% van het belastbaar bedrag kan worden gereserveerd, oftewel 16. Een dotatie van 16 leidt tot een belastbaar bedrag van 84, waarvan maximaal 80% kan worden gereserveerd, etc. Nu voor de bepaling van het dotatiemaximum de toevoeging aan de risicoreserve buiten beschouwing blijft, bedraagt het plafond in deze casus 80% van 100, ofwel 80.

Een onttrekking aan de risicoreserve wordt evenmin in aanmerking genomen voor de bepaling van het dotatiemaximum. Als gevolg hiervan zal eerder op het dotatiemaximum worden gestuit. De strekking van deze uitzondering is niet geheel duidelijk. Mogelijk is deze onttrekkingsuitzondering opgenomen vanwege het vermeende analoge karakter met de uitgezonderde toevoegingen.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een concernfinancieringswinst van 100. X lijdt een vaste inrichtingsverlies van 100. Ter zake van dit verlies wordt een bedrag van 100 aan de risicoreserve onttrokken en aan de winst toegevoegd. Wordt de onttrekking niet in aanmerking genomen, dan bedraagt het belastbaar bedrag van X nihil. Een reservering van 80 is niet mogelijk. Het bedrag dat aan de risicoreserve is onttrokken wordt in zijn geheel in de belastingheffing betrokken. Per saldo is belasting verschuldigd over 100. Zou de onttrekking wel in aanmerking worden genomen, dan bedraagt het belastbaar bedrag van X (exclusief de reservering) 100. Alsdan kan een bedrag van 80 aan de risicoreserve worden gedoteerd. Per saldo is vennootschapsbelasting verschuldigd over 20. De belaste onttrekking leidt aldus niet tot een effectieve belastingheffing over 100.

5.5.2.2 Invloed verlies voorgaande jaren

In de parlementaire toelichting wordt de zinsnede '80% van de totale belastbare winst' gebruikt.¹⁹⁶ De wettekst spreekt evenwel duidelijk van '80% van het belastbaar bedrag', dat wil zeggen na verrekening van verliezen uit voorgaande of volgende jaren. Dit moet worden gezien tegen de achtergrond van de totaalwinstgedachte.¹⁹⁷

Een achterwaartse verliesverrekening zou kunnen leiden tot het terugdraaien van een eerdere dotatie, indien alsnog het dotatiemaximum van 80% van het belastbaar bedrag zou zijn overschreden. Ter vermijding van complicaties en ten behoeve van de

¹⁹⁶ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33

¹⁹⁷ TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 31

rechtszekerheid ondergaat de dotatiegrondslag volgens de laatste volzin van art 15b, derde lid, geen wijziging bij verrekening van verliezen uit volgende jaren. De toepassing van carry-back naar het jaar van dotatie heeft geen invloed op de reserveringsgrondslag. Het belastbaar bedrag wordt alleen negatief beïnvloed door de verliezen uit voorgaande jaren.

5.5.2.3 *Invloed verlies financieringsactiviteiten*

Ingevolge art 15b, eerste lid, onderdeel b, 1°, behoren niet tot de concernfinancieringswinst de verliezen van het CFA-lichaam voorzover ter zake van deze verliezen een bedrag aan de risicoreserve wordt onttrokken en aan de winst wordt toegevoegd. Deze voorziening bewerkstelligt dat een verlies ter zake van een financieringsactiviteit niet leidt tot een afname van de dotatiegrondslag, terwijl daarnaast ook een bedrag ter grootte van het verlies belast aan de risicoreserve wordt onttrokken. De financieringswinst wordt in beginsel niet verminderd met het verlies uit de financieringsactiviteiten.¹⁹⁸ Desondanks wordt de dotatiegrondslag toch beperkt doordat het verlies uit de financieringsactiviteiten invloed heeft op het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam.¹⁹⁹ Het dotatiemaximum van 80% behoeft de reserveringsmogelijkheid niet te beperken in geval positieve, overige resultaten worden behaald.

Voorbeeld

De financieringswinst van een CFA-lichaam bedraagt 100. De stand van de risicoreserve is 150. Op een concernlening wordt 90 afgewaardeerd. Ter zake van dit verlies dient op basis van art 15b, vierde lid, een bedrag van 90 aan de risicoreserve onttrokken te worden. Zonder voornoemde voorziening zou de financieringswinst 10 bedragen, waarvan 80% gereserveerd zou kunnen worden. Ingevolge de voorziening van art 15b, eerste lid, onderdeel b, 1°, behoort een verlies ter zake waarvan een bedrag aan de risicoreserve is onttrokken, niet tot de financieringswinst. Het CFA-lichaam genereert derhalve een financieringswinst van 100, waarvan in beginsel 80% kan worden gereserveerd. De maximale dotatie is evenwel 80% van het belastbaar bedrag voor dotatie respectievelijk onttrekking, ofwel 80% van 10. Dit betekent dat de voorziening van art 15b, eerste lid, onderdeel b, 1°, in casu niet tot een hogere dotatie leidt. Verder blijkt dat in het desbetreffende jaar een winst behaald is van 10, maar dat belasting verschuldigd is over een bedrag van 92.

¹⁹⁸ Zie § 5.2.2.6

¹⁹⁹ Zie § 6.2.2.9

5.5.2.4 *Invloed resultaat overige activiteiten*

Ook de verliezen uit overige activiteiten kunnen de dotatiegrondslag in negatieve zin beïnvloeden. Het CFA-lichaam of de fiscale eenheid waartoe het CFA-lichaam behoort, heeft haar activiteiten immers niet te beperken tot concernfinancieringsactiviteiten. Het dotatiemaximum komt aan de orde indien de concernfinancieringswinst meer bedraagt dan de totale belastbare winst van de belastingplichtige die de risicoreserve aanhoudt, bijvoorbeeld door fiscale verliezen uit de overige activiteiten die drukken op de winst uit financieringsactiviteiten.²⁰⁰

5.5.2.5 *Invloed positieve voordelen op belastbaar bedrag*

Tot de concernfinancieringswinst behoren ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, ook de positieve voordelen die samenhangen met eerdere onttrekkingen welke zijn behaald door andere concernlichamen. De vraag rijst of zo'n positief voordeel van een ander concernlichaam het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam beïnvloedt.

De concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam wordt verhoogd bij aanwezigheid van positieve voordelen bij andere concernlichamen die samenhangen met verliezen waarvoor de risicoreserve eerder is afgenomen. Ondanks dat deze voordelen de concernfinancieringswinst verhogen, verschijnen deze voordelen volgens Bouwman niet in de winst van het CFA-lichaam.²⁰¹ De samenstelling van de concernfinancieringswinst kan volgens Bouwman afwijken van die van de belastbare winst van het CFA-lichaam van hetzelfde jaar. Ook De Haan, Perik en Van Scheijndel zijn van mening dat de positieve voordelen van andere concernlichamen wel leiden tot een opwaardering van de concernfinancieringswinst, doch niet bijdragen aan een verhoging van het belastbaar bedrag.²⁰²

Volgens Bouwman en De Haan, Perik en Van Scheijndel wordt de belastbare winst van het concernlichaam niet verminderd met het bedrag dat ingevolge het eerste lid, onderdeel b, 2°, tot de concernfinancieringswinst behoort. Het positieve voordeel van het concernlichaam verhoogt weliswaar de financieringswinst, doch deze reservering komt in hun zienswijze niet ten laste van enige winst.²⁰³ Daar het positieve voordeel tot het belastbare bedrag van het concernlichaam behoort, kan het voordeel daarnaast niet ook tot het belastbare bedrag van het CFA-lichaam behoren. Het be-

200 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33

201. J.N. Bouwman, De nieuwe financiële risicoreserve in de vennootschapsbelasting, *Forfaitair*, april 1997, blz. 6, en J.N. Bouwman, *Wegwijs in de vennootschapsbelasting*, Koninklijke Vermande, 1998, blz. 584.

202. P.M. de Haan, R.G.M. Perik en M.P. van Scheijndel, *Winstdrainage en concernfinanciering*, FED Deventer, 1997, blz. 91

203 Zie § 5.2.3.1.

lastbaar bedrag van het CFA-lichaam wordt mitsdien niet beïnvloed door het positieve voordeel ingevolge onderdeel b, 2°

Daarentegen ben ik van mening dat, mede door de aanhef van art 15b, derde lid, het positieve voordeel van onderdeel b, 2°, ten laste van enige winst kan worden gebracht.²⁰⁴ Deze gevolgtrekking doet bovendien recht aan de neutraliteitsgedachte van onderdeel b, 2°. Nu uit de parlementaire toelichting volgt dat de reservering van het positieve voordeel niet ten laste van de winst van het concernlichaam kan worden gebracht, is de conclusie gerechtvaardigd dat deze reservering ten laste van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam wordt gebracht. Het positieve voordeel behoort ook in deze zienswijze tot het belastbare bedrag van het concernlichaam. De toevoeging aan de risicoreserve, ter grootte van het positief voordeel van het concernlichaam, komt ten laste van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam. Daar tegenover de toevoeging aan de concernfinancieringswinst een vermindering staat van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam, ondergaat het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam geen wijziging.

Het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam ondergaat geen wijziging als gevolg van een positief voordeel van onderdeel b, 2°. Een dergelijk positief voordeel hoeft mitsdien niet altijd tot dotatie aan de risicoreserve te leiden. De dotatie is immers beperkt tot 80% van het belastbaar bedrag voor dotaties en onttrekkingen van het CFA-lichaam. Indien het CFA-lichaam geen positief resultaat uit overige niet-financieringsactiviteiten behaalt, leidt een positief voordeel behaald door een ander concernlichaam niet tot reservering.

Voorbeeld

CFA-lichaam X heeft een concernfinancieringswinst van 100. Hiervan kan in beginsel 80 aan de risicoreserve worden toegevoegd. Er zijn geen overige resultaten. Concernvennootschap Y behaalt een belast deelnemingsresultaat van 40 ter zake van de verkoop van een niet onderworpen deelneming welke in een eerder stadium voor 30 is afgewaardeerd. Van deze vervreemdingswinst mag maximaal 30 aan de risicoreserve worden gedoteerd. De dotatie aan de reserve blijft evenwel beperkt tot 80% van het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam, ofwel maximaal 80. In dit geval is 80% van de concernfinancieringswinst immers gelijk aan 80% van het belastbare bedrag. Pas indien het CFA-lichaam ook overige positieve resultaten behaalt, kan het bedrag van 30 aan de risicoreserve worden gedoteerd.

Teneinde dit nadelige gevolg van het dotatiemaximum te voorkomen verdient het aanbeveling het concern de mogelijkheid te bieden winstneming bij het andere concernlichaam achterwege te laten, mits het CFA-lichaam geen bedrag ten laste van haar winst aan de risicoreserve doteert. Deze keuzemogelijkheid is behandeld in § 5.2.3.5.

204. Zie § 5.2.3.1.

5.5.3 Overschrijding vermogens- of inkomstennorm

Indien in enig jaar niet aan de vermogensnorm van art 15b, tweede lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969, is voldaan, dan blijft de winst behaald met het financieringsvermogen waarmee de norm is overschreden, buiten de dotatiegrondslag. Wordt niet voldaan aan de inkomstennorm van art 15b, tweede lid, onderdeel b, dan kan geen dotatie aan de risicoreserve plaatsvinden. Zowel de financieringswinst als de opbrengst van de overnamekas blijven in het desbetreffende jaar buiten beschouwing. Voor een uitgebreide beschouwing zij verwezen naar § 3.2.9 en 3.3.6.

5.5.4 Beëindiging reserve

Op verzoek kan de risicoreserve worden beëindigd. De reserve wordt dan in vijf gelijke delen in vijf jaren aan de winst van het CFA-lichaam toegevoegd. Ingevolge art 15b, zesde lid, tweede volzin, Wet Vpb 1969, kunnen in deze periode van vrijwillige opheffing geen toevoegingen aan de reserve plaatsvinden.

Ingevolge de aanhef van het achtste lid kan de inspecteur in ieder geval na een periode van tien jaar de door hem gestelde voorwaarden aanpassen. Het negende lid bepaalt dat de belastingplichtige de door de inspecteur aangepaste voorwaarden niet hoeft te accepteren, indien het feitencomplex niet relevant is gewijzigd.²⁰⁵ De risicoreserve hoeft niet aan de winst te worden toegevoegd zolang belastingplichtige blijft voldoen aan de voorheen geldende voorwaarden. Belaste onttrekkingen blijven verplicht en onbelaste onttrekkingen blijven mogelijk. Dotaties zijn in die periode evenwel niet meer mogelijk.

²⁰⁵ Zie § 3.4.5.

6.1 INLEIDING

De risicoreserve kan zowel belast als onbelast afnemen. In art. 15b, vierde, zesde en zevende lid, zijn de belaste afnames van de risicoreserve geregeld. Volgens het vierde lid wordt een bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken ingeval verliezen waarvoor de reserve is gevormd binnen het Nederlandse gedeelte van het concern in aanmerking worden genomen. De risicoreserve is gevormd voor risico's die verband houden met concernfinancieringsactiviteiten, het houden van deelnemingen, en het drijven van ondernemingen met behulp van vaste inrichtingen buiten Nederland. Lijdt het lichaam dat de risicoreserve vormt of een ander Nederlands concernlichaam een verlies dat voortvloeit uit één van deze activiteiten, bijvoorbeeld een liquidatieverlies op een deelneming, dan dient een bedrag ter grootte van dit verlies aan de risicoreserve onttrokken te worden en aan de normaal belaste winst van het CFA-lichaam te worden toegevoegd. De toevoeging aan de winst bij het CFA-lichaam compenseert het verlies dat bij het CFA-lichaam of het andere concernlichaam ten laste van de Nederlandse winst is gebracht. Bij de realisatie van het verlies is voor het concern het verlies per saldo niet aftrekbaar. In een eerder stadium is voor dit verlies reeds een bedrag ten laste van de winst aan de risicoreserve gedoteerd. De belaste onttrekking aan de risicoreserve voorkomt dat een verlies tweemaal ten laste van de Nederlandse winst wordt gebracht, eenmaal bij de dotatie aan de risicoreserve, en een tweede maal bij de realisatie van het verlies. De vorming van een risicoreserve leidt tot uitstel van betaling van vennootschapsbelasting.

Het zesde lid regelt de vrijwillige beëindiging van de risicoreserve. Op verzoek van de belastingplichtige kan de gehele reserve in gelijke delen aan de winst van een jaar en de daaropvolgende vier jaren worden toegevoegd. De aan de winst toegevoegde jaarmoten worden belast naar een tarief van 10%. In de vijfjaarsperiode kunnen geen bedragen aan de risicoreserve worden gedoteerd. De belaste en onbelaste onttrekkingen geschieden gedurende deze vrijwillige afbouwperiode wel op normale wijze.

Ingevolge het zevende lid wordt de risicoreserve verplicht opgeheven ingeval het CFA-lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te gemeten, dan wel niet langer voldoet aan de voorwaarden van het eerste lid of de door de inspecteur gestelde

voorwaarden Een dergelijke verplichte toevoeging aan de winst van het CFA-lichaam is belast tegen het normale tarief De belaste onttrekkingen aan de risicoreserve zijn behandeld in § 6.2

In art. 15b, vijfde lid, zijn de onbelaste onttrekkingen geregeld. In geval van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming kan 50% van het geïnvesteerde bedrag ten laste van de risicoreserve worden gebracht zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt. Een dergelijke onbelaste onttrekking is, in tegenstelling tot de belaste onttrekkingen, niet verplicht. Onder bepaalde omstandigheden kunnen investeringen voor 100% onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. De onbelaste afnamemogelijkheden zijn besproken in § 6.3.

6.2 BELASTE ONTTREKKING

6.2.1 Inleiding

Uit de systematiek van de concernfinancieringsregeling vloeit voort dat indien verliezen waarvoor de risicoreserve is gevormd bij een Nederlands concernlichaam in aanmerking worden genomen, een gelijk bedrag ten laste van de reserve aan de regulier belaste winst van het CFA-lichaam wordt toegevoegd. Het verlies wordt dus niet tenietgedaan door een betaling van het CFA-lichaam aan het verlieslijdende concernlichaam, maar door een onttrekking aan de risicoreserve bij het CFA-lichaam. De toevoeging aan de winst bij het CFA-lichaam compenseert het verlies dat bij het CFA-lichaam of het concernlichaam ten laste van de winst is gebracht. Ten tijde van het verlies is dit voor het concern per saldo niet aftrekbaar. In een eerder stadium is echter voor dit risico reeds een bedrag ten laste van de winst aan de risicoreserve gedoteerd. De belaste onttrekking aan de reserve voorkomt dat een verlies tweemaal ten laste van de Nederlandse winst wordt gebracht, eenmaal bij de dotatie aan de reserve en een tweede maal bij de realisatie van het verlies. De risicoreserve wordt zowel gevormd voor verliezen van het CFA-lichaam, als verliezen van andere Nederlandse concernlichamen. Dotatie aan de risicoreserve kan daarentegen slechts geschieden uit de winst van het CFA-lichaam. Een onttrekking aan de risicoreserve ten gunste van de winst van het CFA-lichaam, vormt geen onderdeel van de te reserveren financieringswinst van het CFA-lichaam.¹

Voorzover de risicoreserve het toelaat is het CFA-lichaam verplicht om ter zake van een verlies een bedrag aan de risicoreserve te onttrekken.² In tegenstelling tot een onbelaste onttrekking, is het niet aan de belastingplichtige overgelaten om te beslissen of een verlies aan de risicoreserve wordt onttrokken. Voorzover het verlies het

¹ Zie § 5.2.2.3.

² Het CFA-lichaam en het concernlichaam kunnen er voor kiezen een belaste onttrekking achterwege te laten mits het concernlichaam dan geen verlies ten laste van haar winst brengt. Zie § 6.2.2.9.

saldo van de risicoreserve overtreft, kan niet aan de risicoreserve worden onttrokken. Het verlies komt alsdan per saldo ten laste van het resultaat van het Nederlandse gedeelte van het concern.

De risico's waarvoor de risicoreserve wordt gevormd, zijn opgesomd in art. 15b, eerste lid, Wet Vpb. 1969. Ter zake van de risico's wordt geen onderscheid gemaakt tussen een binnenlandse of buitenlandse activiteit.³ Het betreft behalve de risico's welke verband houden met financieringsactiviteiten mede de risico's welke samenhangen met het houden van deelnemingen en het drijven van een buitenlandse onderneming via een vaste inrichting. Dat eerdere dotaties niet zijn gebaseerd op de resultaten van deelnemingen en vaste inrichtingen, is hierbij niet van belang.⁴

6.2.2 Verliezen ter zake van risico's eerste lid

6.2.2.1 Begrip 'verliezen'

De risicoreserve wordt gevormd voor risico's die door het concern worden gelopen. Indien een dergelijk risico tot een verlies leidt dat in Nederland ten laste komt van de winst, dient ingevolge art. 15b, vierde lid, Wet Vpb. 1969, een bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden.

6.2.2.1.1 Onderscheid tussen verliezen en kosten

Ter zake van bepaalde verliezen dient een onttrekking aan de reserve plaats te vinden. Tot de verliezen behoren niet de kosten welke verband houden met de desbetreffende activiteit. Kosten die samenhangen met de financieringsactiviteiten komen in mindering op de concernfinancieringswinst, en leiden tot een lagere dotatiegrondslag.⁵ Een vermogensverlies uit een financieringsactiviteit dient, ook al is het resultaat uit de financieringsactiviteiten per saldo positief, belast aan de risicoreserve onttrokken te worden, en behoort alsdan niet tot de concernfinancieringswinst.⁶ Slechts indien de stand van de risicoreserve nihil is, worden kosten en verliezen gelijk behandeld. Het onderscheid in behandeling tussen kosten en verliezen is geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld:

3..Zie § 8 3 3

Een CFA-lichaam dat voor 95% financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van in Nederland gevestigde concernlichamen, dient alle verliezen ter zake van deze activiteiten in mindering te brengen op de risicoreserve. Door haar beperkte buitenlandse activiteiten wordt het CFA-lichaam slechts beperkt in zijn dotatiemogelijkheden, maar niet in zijn onttrekkingsverplichtingen.

4 .TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 30.

5..Zie § 5.2.2.1.

6. Het begrip verlies is in art. 20, eerste lid, Wet Vpb. 1969, gedefinieerd als negatief belastbare winst. Zou deze omschrijving worden gevolgd, dan zou pas aan de risicoreserve onttrokken behoeven te worden, indien en voorzover de berekening van de winst ter zake van de financieringsactiviteiten tot een negatief bedrag leidt.

Voorbeeld.

CFA-lichaam X behaalt een opbrengst uit financieringsactiviteit van 200. De stand van de risicoreserve is 300. De kosten welke toegerekend kunnen worden aan de financieringsactiviteiten bedragen 150. De concernfinancieringswinst bedraagt 50, waarvan 40 aan de risicoreserve gedoteerd kan worden. Een bedrag van 10 is aan de heffing van vennootschapsbelasting onderworpen. De risicoreserve bedraagt 340.

Indien X in plaats van kosten een (afwaarderings)verlies lijdt van 150, dient een bedrag van 150 belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Het verlies behoort niet tot de concernfinancieringswinst. Een bedrag van 160 kan aan de risicoreserve worden gedoteerd. Per saldo wordt over een bedrag van 40 vennootschapsbelasting geheven. De stand van de risicoreserve is 310.

De positieve resultaten ter zake van deelnemingen en buitenlandse vaste inrichtingen kunnen niet aan de risicoreserve worden gedoteerd. De kosten en verliezen uit deze activiteiten behoren per definitie niet tot de concernfinancieringswinst. Voor deze activiteiten is een onderscheid tussen de begrippen kosten en verliezen in dat opzicht niet relevant. Het onderscheid is daarentegen wel van belang voor de belaste onttrekking aan de risicoreserve. Kosten welke verband houden met een deelneming of een buitenlandse vaste inrichting komen niet in mindering op de risicoreserve. Deze kosten komen in beginsel in mindering op de winst van het CFA-lichaam of het concernlichaam dat de kosten heeft gemaakt. Daarentegen moeten verliezen ter zake van deelnemingen of vaste inrichtingen belast aan de risicoreserve onttrokken worden. De onttrekking aan de reserve compenseert het binnen concern geleden verlies. Belanghebbenden hebben er derhalve belang bij lasten als kosten aan te merken. Is sprake van een verlies dan dient immers een bedrag ter grootte van het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.

De Wet Vpb 1969 kende in het verleden geen scherp onderscheid tussen de begrippen 'kosten' en 'verliezen'.⁷ In het arrest HR 20 april 1977, BNB 1977/162 maakt de Hoge Raad voor het eerst een onderscheid tussen beide begrippen. In het kader van de deelnemingsvrijstelling beslist de Hoge Raad dat een valutaresultaat op een lening welke strekt ter financiering van een buitenlandse deelneming, geen kosten zijn als bedoeld in art. 13, eerste lid. Naar het oordeel van de Hoge Raad worden verliezen geleden in de kapitaalsfeer. Van een verlies is sprake ingeval de waarde van activa en/of passiva wijzigt. Het begrip 'kosten' wordt gebezigd voor de lopende uitgaven.

⁷ Art. 10 van de Wet IB 1914 kende wel een daarop gelijkend onderscheid tussen kosten en verliezen in de kapitaalsfeer: '() bedrijfs- en beroepskosten' waaronder worden verstaan de kosten noodig voor de uitoefening van een bedrijf of beroep of rechtstreeks daartoe betrekking hebbende, met inbegrip van kosten van onderhoud, verschuldigde renten en belastingen, die op het bedrijf of beroep drukken, () bovendien worden afgetrokken de afschrijving op zaken, die voor de uitoefening van het bedrijf of beroep worden gebruikt, en de afschrijving op schuldvorderingen, een en ander volgens goed koopmansgebruik. (Stb. 31 december 1914, nr. 563).

die verricht zijn met het oog op de zakelijke belangen van de onderneming. In HR 17 november 1993, BNB 1994/273 bevestigt de Hoge Raad haar uitleg van BNB 1977/162.⁸ Het begrip 'kosten' zou volgens de Hoge Raad buiten zijn grenzen worden uitgebreid, indien resultaten in de vermogenssfeer daaronder mede zouden zijn begrepen.

Deze uitleg van het begrip 'verliezen' vindt zijn bevestiging in de parlementaire geschiedenis van art. 15b. De voorbeelden van verliezen ter zake waarvan een bedrag aan de risicoreserve onttrokken moet worden, hebben uitsluitend betrekking op waardeverminderingen van activa. Uit de parlementaire toelichting volgt dat voorzover afwaarderingsverliezen op leningen, afwaarderingsverliezen op niet-onderworpen deelnemingen, liquidatieverliezen, alsmede afwaarderingsverliezen op grond van art. 13ca e.d., ten laste van de Nederlandse winst komen, een bedrag ter grootte van het verlies aan de risicoreserve onttrokken moet worden.⁹ Ofschoon de genoemde posten slechts als voorbeeld dienen, geven zij wel een beeld van de bedoeling van de wetgever. Per vermogensverlies dient een onttrekking aan de reserve plaats te vinden, zodat de effecten binnen het concern worden geneutraliseerd.

6.2.2.1.2 Negatieve winst ten laste van risicoreserve?

De met de financieringsactiviteiten samenhangende kosten komen in mindering op de concernfinancieringswinst. Indien in enig jaar de kosten van het CFA-lichaam de inkomsten overtreffen, is sprake van een negatief financieringsresultaat. De vraag komt op of een bedrag gelijk aan dit negatieve saldo aan de risicoreserve onttrokken moet worden.¹⁰ Is dit het geval dan behoort dit verlies ingevolge art. 15b, eerste lid, onderdeel b.1°, niet tot de concernfinancieringswinst. De financieringswinst zou dan slechts negatief kunnen zijn, indien en voorzover de risicoreserve ontoereikend is. Of leiden alleen verliezen in de kapitaalsfeer tot een afname van de risicoreserve? Uiteraard kan dezelfde vraag gesteld wordt ter zake van het houden van deelnemingen of het drijven van een onderneming met een buitenlandse vaste inrichting. Ook bij deze activiteiten kunnen in enig jaar de daarmee samenhangende kosten de inkomsten overtreffen.

8 De staatssecretaris heeft tussentijds nog aangegeven dat naar zijn mening de Hoge Raad in BNB 1977/162 het begrip 'kosten' voor de toepassing van art. 13, eerste lid, Wet Vpb 1969 nogal eng interpreteert. De staatssecretaris zou zich kunnen voorstellen dat valutaresultaten die verband houden met een vrijgestelde deelneming, eveneens onder de deelnemingsvrijstelling zouden vallen. Zie Mededeling staatssecretaris van Financien, 12 juni 1990, nr. DB90/3306, Infobulletin 1990/432.

9 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33. Overigens spreekt de toelichting van 'afwaarderingsverliezen op belangen in verbonden lichamen die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen omdat zij niet zijn onderworpen'. Ingevolge art. 15b, eerste lid, dienen verliezen welke samenhangen met het houden van deelnemingen aan de risicoreserve onttrokken te worden. Daartoe is niet vereist dat sprake is van een verbonden lichaam.

10 Zie ook J.N. Bouwman, De nieuwe financiële risicoreserve in de Vennootschapsbelasting, Forfaitair, april 1997, blz. 10.

Eenzijds kan worden bepleit dat de risicoreserve behalve voor vermogensverliezen eveneens wordt gevormd voor negatieve winsten. Leiden de kosten tot een negatieve winst, dan moet een bedrag ter grootte van het verlies aan de risicoreserve worden onttrokken. Deze zienswijze kan verdedigd worden door te verwijzen naar de verliezen welke voortvloeien uit het drijven van een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting. Verliezen uit buitenlandse vaste inrichting komen in mindering op de risicoreserve. Uit de parlementaire geschiedenis en uit voorwaarde VI van de modelbeschikking blijkt dat niet slechts verliezen op vermogensbestanddelen die aan de vaste inrichting kunnen worden toegerekend, ten laste komen van de risicoreserve, maar ook verliezen ontstaan doordat de kosten en andere lasten die verband houden met de in het buitenland gedreven onderneming hoger zijn dan de opbrengsten uit deze ondernemingsactiviteit.

Een andere zienswijze is dat ongeacht de omvang van de positieve opbrengsten, ter zake van de kosten niet aan de risicoreserve onttrokken behoeft te worden. Als gevolg van een consequent onderscheid tussen de begrippen verliezen en kosten, komen uitsluitend vermogensverliezen in mindering op de risicoreserve. Leiden de kosten tot een negatieve winst dan behoeven geen bedragen aan de risicoreserve onttrokken te worden. Overtreffen de kosten welke verband houden met financieringsactiviteiten of het houden van deelnemingen de respectieve opbrengsten, dan behoeft de risicoreserve niet af te nemen. Volgens deze zienswijze komt een verlies slechts in mindering op de risicoreserve, voorzover het een vermogensverlies betreft.

De wettekst spreekt nadrukkelijk van verliezen ter zake van de in het eerste lid genoemde risico's. Het gebruik van het begrip 'verliezen' duidt op verliezen geleden in de vermogenssfeer. De voorbeelden genoemd tijdens de parlementaire behandeling bevestigen deze uitleg. Slechts de verwijzing naar vaste inrichtingsverliezen duidt erop dat ook negatieve winsten in mindering komen op de risicoreserve. Ofschoon een verschil in behandeling tussen vaste inrichtingsverliezen en negatieve financierings- en deelnemingswinst niet gerechtvaardigd lijkt door een verschil in wezen tussen de verschillende verliezen, heeft de wetgever mijns inziens toch beoogd dat de risicoreserve slechts gevormd wordt voor vermogensverliezen. Overtreffen de kosten in enig jaar de opbrengsten welke voortvloeien uit financieringsactiviteiten of uit het houden van deelnemingen, dan behoeft geen bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden. Aan het onderscheid in behandeling tussen verliezen en kosten wordt blijkens de parlementaire behandeling slechts afbreuk gedaan door de behandeling van vaste inrichtingsverliezen. Een verlies dat in enig jaar is ontstaan doordat de kosten en andere lasten die verband houden met een buitenlandse vaste inrichting hoger zijn dan de opbrengsten uit deze ondernemingsactiviteit, dient ten laste van de risicoreserve te worden gebracht.

6 2 2 1 3 Verband tussen verlies en activiteit

Ingevolge art 15b, vierde lid, juncto eerste lid, Wet Vpb 1969, dient het verlies betrekking te hebben op een risico dat verband houdt met concernfinancieringsactiviteiten, met het houden van deelnemingen, alsmede met het drijven van een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting. De vraag rijst op welke wijze het begrip ‘verband houden met’ opgevat moet worden. Betekent dit dat slechts verliezen uit de betreffende activiteiten ten laste komen van de risicoreserve, of moeten ook verliezen in een wijder verband aan de reserve onttrokken worden? Als voorbeeld dient een negatief valutaresultaat op een lening die strekt tot financiering van een concernlening of een andere concernfinancieringsactiviteit. Het valutaresultaat behoort niet tot de concernfinancieringswinst.¹¹ Kwalificeert het valutaresultaat wellicht als een verlies ter zake van een risico dat verband houdt met de concernfinancieringsactiviteiten, als gevolg waarvan de risicoreserve belast dient af te nemen?

In art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 1°, Wet Vpb 1969, is het begrip concernfinancieringswinst gedefinieerd. Daarin is uitgezonderd van de financieringswinst het verlies ter zake waarvan een onttrekking aan de risicoreserve heeft plaatsgevonden. Uit deze bepaling zou impliciet afgeleid kunnen worden dat een verlies uit een financieringsactiviteit in beginsel onderdeel is van de financieringswinst. Nu het valutaresultaat op een aangetrokken lening in ieder geval niet tot de financieringswinst behoort, zou gesteld kunnen worden dat een negatief valutaresultaat niet als verlies uit financieringsactiviteit kwalificeert. Daartegen kan worden ingebracht dat de concernfinancieringsregeling asymmetrisch is, dat wil zeggen dat de kring van activiteiten waarvan de verliezen aan de risicoreserve onttrokken moeten worden niet gelijk is aan de kring van activiteiten waarvan de winsten aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden. De wettekst biedt onvoldoende duidelijkheid om te kunnen beoordelen op welke wijze de woorden ‘verband houden met’ in het kader van de financieringsregeling uitgelegd moet worden.

De parlementaire toelichting spreekt van ‘verlies uit financieringsactiviteiten’ en ‘verliezen uit het financieren van deelnemingen’.¹² De wetgever lijkt hiermee een enge interpretatie voor te staan. Daarentegen is in de toelichting opgemerkt dat de risico’s ter zake van het houden van deelnemingen niet uitsluitend omvatten een verlies dat wordt geleden op een deelneming, maar tevens een aansprakelijkstelling die het vermogen van een deelneming te boven gaat.¹³ Hieruit blijkt dat de wetgever in ieder geval ten aanzien van het houden van deelnemingen ook verliezen in een

¹¹ Zie § 5.4.2.3.

¹² TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33.

¹³ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 29 en TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 47.

wijder verband onder de financieringsregeling wenst te brengen.¹⁴ Vervolgens is de vraag aan de orde of verliezen die in een ruimere kring verband houden met financieringsactiviteiten ook aan de risicoreserve onttrokken moeten worden, zoals bijvoorbeeld een negatief valutaresultaat op een lening die strekt ter financiering van een concernlening. Een verschil in behandeling ten opzichte van verliezen uit deelnemingen lijkt niet te worden gerechtvaardigd op basis van de wettekst. Art. 15b, eerste lid, spreekt immers van risico's welke verband houden met de financieringsactiviteiten en met het houden van deelnemingen. Is voor verliezen uit deelnemingen een ruimer verband toereikend voor een verplichte onttrekking aan de risicoreserve, dan lijkt een zelfde benadering te gelden voor verliezen uit financieringsactiviteiten. Van enig wezenlijk verschil tussen de verliezen is in dit kader geen sprake. Een negatief valutaresultaat op een lening die strekt ter financiering van een concernlening, lijkt mitsdien belast aan de risicoreserve onttrokken te moeten worden. Een dergelijke ruime uitleg betekent dat verliezen welke verband houden met financieringsactiviteiten niet noodzakelijkerwijs tot de concernfinancieringswinst behoren. Overigens worden de verliezen die wel tot de financieringswinst behoren daaruit geëlimineerd voorzover ter zake van deze verliezen een belaste onttrekking aan de risicoreserve plaatsvindt.

6.2.2.2 *Verliezen uit financieringsactiviteiten*

Ingevolge art. 15b, vierde lid, Wet Vpb. 1969 moet uit de risicoreserve aan de winst van het CFA-lichaam worden toegevoegd een bedrag ter grootte van een binnen het concern geleden verlies uit financieringsactiviteiten. Het begrip 'financieringsactiviteiten' moet ruim worden uitgelegd. Naast de opsomming van activiteiten in art. 15b, eerste lid, onderdeel a, kunnen ook andere, complementaire activiteiten als financieringsactiviteit worden beschouwd.

6.2.2.2.1 *Verliezen uit financiering van bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen*

Verliezen uit financieringsactiviteiten dienen aan de risicoreserve onttrokken te worden, voorzover deze door het CFA-lichaam zijn geleden. Dergelijke verliezen geleden door andere concernlichamen behoeven niet tot een afname van de risicoreserve te leiden. Als financieringsactiviteit kwalificeert onder meer de financieringsactiviteit ten behoeve van concernlichamen welke strekken ter financiering van bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen.¹⁵ Een vermogensverlies mani-

14. Deze uitleg spoort met de parlementaire geschiedenis van art. 8a Wet IB 1964 (aftrekbepierking gemengde kosten), waarin is opgemerkt dat met de woorden 'die verband houden met' wordt aangegeven dat kosten en lasten in ruime zin moeten worden opgevat (TK, vergaderjaar 1988-1989, 20 874, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 8).

15. Voor een uitgebreide beschouwing zie § 4.2.2, § 4.2.3 en § 4.2.4.

festeert zich met name in een afwaarderingsverlies of valutaverlies¹⁶ op verstrekte concernleningen.¹⁷ Een CFA-lichaam kan eveneens een verlies lijden uit financieringsactiviteit indien zij aansprakelijk wordt gesteld voor schulden van een concernlichaam of als gevolg van een aansprakelijkstelling in de hoedanigheid van crediteur van een concernlichaam.¹⁸

Lijdt het CFA-lichaam op een concernlening een verlies dat bij het verstrekken van de lening reeds was te voorzien, dan kan het ten titel van geldlening verstrekte vermogen worden aangemerkt als een informele storting van kapitaal.¹⁹ De kostprijs van de aandelen in het betreffende concernlichaam wordt met het bedrag van de kapitaalstorting verhoogd.²⁰ De fiscaalrechtelijke kwalificatie wijkt alsdan af van de civielrechtelijke vorm.²¹ Voor de heffing van de vennootschapsbelasting is geen concernlening zichtbaar. Aangezien een verlies op een dergelijk concernlening niet in mindering komt op de winst van het CFA-lichaam, behoeft geen bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.²²

6.2.2.2.2 Verliezen uit ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen

Ook het ter beschikking stellen van materiële en immateriële bedrijfsmiddelen aan concernlichamen kwalificeert als financieringsactiviteit.²³ Wordt een vermogensverlies geleden ten aanzien van deze activiteit, bijvoorbeeld een vervreemdings- of afwaarderingsverlies op een ter beschikking gesteld bedrijfsmiddel, dan dient een bedrag ter grootte van het verlies aan de reserve onttrokken te worden.²⁴

De vraag rijst of de afschrijvingen op de ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen als aftrekbare kosten in mindering komen op de financieringswinst of dat de afschrijvingen zich in de kapitaalsfeer afspelen. Is dit laatste het geval, dan kwalificeert de

16. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 3.

17. S.E. Faber en J.A.G. van der Geld, Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, Weekblad 1996, blz. 758, menen ten onrechte dat de risicoreserve ook is gevormd voor verliezen geleden op vorderingen op niet-gelieerde buitenlandse partijen

18. Zie § 6.2.2.4

19. HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 21 oktober 1992, BNB 1993/32

20. Ter zake van een informele kapitaalstorting kan wellicht een bedrag ter grootte van de helft van de kapitaalverstrekking onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. Zie § 6.3.2.1.2

21. Een afwijking van de civielrechtelijke vorm doet zich ingevolge BNB 1988/217 eveneens voor ingeval naar uiterlijke schijn een lening is overeengekomen, terwijl partijen in werkelijkheid hebben beoogd een kapitaalverstrekking tot stand te brengen (schijnhandeling), en ingeval de leningsvoorwaarden zodanig zijn geformuleerd dat daaruit afgeleid kan worden dat de crediteur met het uitgeleende bedrag in zekere mate deelneemt in de onderneming van de debiteur. Uitgebreider zie § 2.4.3.5.

22. Ingeval het concernlichaam wordt geliquideerd, kan het verlies op een dergelijke, fiscaal als kapitaal te kwalificeren, lening in de vorm van een liquidatieverlies in mindering komen op de winst van het CFA-lichaam. Alsdan dient een bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden

23. Voor een uitgebreide beschouwing zie § 4.2.5.

24. De vervreemdingswinst van ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen behoort tot de concernfinancieringswinst. Zie § 5.2.2.4.1

afschrijving als een vermogensverlies ter zake waarvan een bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken moet worden. In de winstfeer was in het verleden voor afschrijvingen het onderscheid tussen de begrippen kosten en verliezen minder relevant. De afschrijvingen kwamen immers in alle gevallen in mindering op de winst. Ingevolge art. 10, eerste lid, Wet IB 1964, wordt de afschrijving op bedrijfsmiddelen jaarlijks gesteld op het gedeelte van de nog niet afgeschreven aanschaffings- of voortbrengingskosten. Hieruit blijkt dat de afschrijving een verdeling beoogt van de aanschaffingskosten over meerdere jaren. De afschrijvingsgrondslag wordt gevormd door de aanschaffings- of voortbrengingskosten en niet door de waardevermindering van het bedrijfsmiddel. De afschrijving geeft derhalve niet de waardevermindering van een zaak weer, maar spreidt slechts de kosten over de levensduur van de zaak.²⁵

Een bevestiging van deze zienswijze wordt gevonden bij de inkomsten uit vermogen, waar ook een onderscheid wordt gemaakt tussen de begrippen 'kosten' en 'verliezen in de vermogensfeer'. In de parlementaire toelichting is ten aanzien van afschrijvingen in de zin van art. 35 opgemerkt dat '(...) de afschrijving ook hier (evenals in art. 10 Wet IB 1964; AvS) in beginsel moet worden gesteld op het bedrag, dat nodig is om de aanschaffings- of voortbrengingskosten over de levensduur van het betreffende voorwerp te verdelen'.²⁶ De afschrijvingsgrondslag wordt gevormd door de aanschaffingskosten en niet door de waardeveranderingen.²⁷ Daar op basis van art. 35 Wet IB 1964, de afschrijving op zaken tot de aftrekbare kosten behoort, zal als gevolg van de parallel met art. 10 Wet IB 1964, hetzelfde gelden voor de winstfeer. Vertaald naar de concernfinancieringsregeling leidt een dergelijke uitleg ertoe dat de afschrijving op ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen als aftrekbare kosten in mindering komen op de financieringswinst. De afschrijving kwalificeert niet als een vermogensverlies ter zake waarvan een bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken moet worden. Ook de afschrijving op ter beschikking gestelde rechten, zoals licenties, octrooien e.d., komt ingevolge art. 10 Wet IB 1964 in mindering op de financieringswinst.

Een te lage afschrijving op een ter beschikking gesteld bedrijfsmiddel – als gevolg waarvan de financieringswinst hoger is – wordt gecorrigeerd bij vervreemding van het bedrijfsmiddel. De vervreemdingswinst van het bedrijfsmiddel, welke behoort tot de concernfinancieringswinst, zal als gevolg van de te hoge boekwaarde namelijk navenant lager zijn. De totale winst is in beginsel niet afhankelijk van de mate van afschrijving van de ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen.

Mocht evenwel een te lage afschrijving leiden tot een vervreemdings- of afwaarderingsverlies, dan dient ter zake van het verlies een bedrag aan de risicoreserve ont-

25 HR 7 maart 1973, BNB 1973/101.

26. TK, vergaderjaar 1958-1959, 5380, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 43 rk.

27. Zie I.J.F.A. van Vijfeijken, *Vruchtgebruik van privé-vermogen in de inkomstenbelasting*, Fiscale monografie nr. 61, Kluwer Deventer, 1993, blz. 223.

trokken te worden. In een dergelijke verliessituatie is de mate van afschrijving wel van invloed op de totale winst. Deze invloed is te wijten aan het feit dat een vermogensverlies voor 100% aan de risicoreserve onttrokken wordt, terwijl de financieringswinst, waarvan de afschrijvingskosten deel uitmaken, slechts voor 80% aan de risicoreserve wordt toegevoegd. Het onderscheid tussen de begrippen verlies en kosten doet zich alsdan gevoelen.

Voorbeeld

CFA-lichaam X stelt een bedrijfsmiddel met een aanschafprijs van 100 ter beschikking aan een concernlichaam. De huurinkomsten bedragen 15 per jaar. In situatie A wordt jaarlijks afgeschreven met 10, en in situatie B met jaarlijks 5. Na vijf jaren wordt het bedrijfsmiddel verkocht tegen een prijs van 60.

In situatie A bedraagt de jaarlijkse financieringswinst 5, waarvan 80% gereserveerd kan worden. Bij verkoop van het bedrijfsmiddel na vijf jaar wordt een vervreemdingswinst gerealiseerd van 10, waarvan 80% kan worden gedoteerd. De totaalwinst met betrekking tot het bedrijfsmiddel bedraagt na dotatie 7. De risicoreserve bedraagt 28.

In situatie B is de jaarlijkse financieringswinst 10, waarvan 80% gedoteerd wordt aan de risicoreserve. Bij vervreemding na vijf jaar wordt een boekverlies geleden van 15. Ter zake van dit verlies dient een bedrag van 15 aan de risicoreserve onttrokken te worden, waardoor het verlies wordt gecompenseerd. De totaalwinst bedraagt per saldo 10, de stand van de risicoreserve is 25.

6.2.2.2.3 Verlies uit complementaire financieringsactiviteiten

De term financieringsactiviteit moet ruim worden uitgelegd. Naast de in het eerste lid, onderdeel a, genoemde activiteiten kwalificeren ook financieel administratieve dienstverlening, controlling, factoring, valutarisico- en geldstroombeheer, verricht ten behoeve van concernlichamen.²⁸ Lijdt een CFA-lichaam een vermogensverlies ten aanzien van deze activiteiten, dan dient een bedrag gelijk aan het verlies aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Een uit de borgtocht voortkomend verlies kan in beginsel ten laste van de winst worden gebracht.²⁹ Kwalificeert een borgtocht als (complementaire) financieringsactiviteit, dan zal een bedrag gelijk aan het door het CFA-lichaam geleden verlies, belast aan de risicoreserve onttrokken moeten worden.

²⁸ Voor een uitgebreide beschouwing zie § 4.2.6
²⁹ HR 27 november 1935, B 5970

6.2.2.3 *Verliezen uit deelnemingen*

Verliezen welke samenhangen met het houden van deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb. 1969, dienen belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.³⁰ De Raad van State merkt terecht op dat de risicoreserve slechts beperkte betekenis heeft voor risico's welke verband houden met het houden van deelnemingen.³¹ Alle voor- en nadelen die samenhangen met een deelneming blijven door toepassing van de deelnemingsvrijstelling immers buiten het fiscale resultaat. De risico's ter zake van het houden van deelnemingen zijn beperkt.

Buitenlandse participaties die als belegging worden gehouden, waaronder begrepen belangen in passieve buitenlandse financieringsmaatschappijen, zijn uitgesloten van het deelnemingsbegrip. Verliezen ter zake van deze participaties behoeven mitsdien niet belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Binnenlandse participaties die als belegging kwalificeren, zijn volgens art. 13, tweede lid, eerste volzin, niet uitgesloten van het deelnemingsbegrip. Uit de strekking van art. 15b volgt evenwel dat de risicoreserve niet wordt gevormd voor risico's welke samenhangen met binnenlandse deelnemingen die als belegging kwalificeren.³² Verliezen uit dergelijke participaties behoeven niet aan de risicoreserve onttrokken te worden.

De reserve wordt zowel gevormd voor verliezen geleden door het CFA-lichaam als voor verliezen geleden door andere concernlichamen, voorzover die in Nederland ten laste van de winst komen. De parlementaire toelichting geeft als voorbeeld liquidatieverliezen, afwaarderingsverliezen op niet-onderworpen deelnemingen³³ en afwaarderingsverliezen op grond van art. 13ca Wet Vpb. 1969.³⁴ Verder kan een vermogensverlies op een deelneming zich manifesteren in een valutaverlies, ter zake waarvan een bedrag aan de risicoreserve moet worden onttrokken. Bij deelnemingen kleiner dan 100% wordt het verlies proportioneel berekend.³⁵ Een afwaardering op basis van art. 13ca is ter keuze van de belastingplichtige. Ingeval binnen concern een risicoreserve is gevormd, leidt de afwaardering niet tot een fiscaal voordeel. Slechts

30. Voor een uitgebreide beschouwing zie § 4.3.

31. TK, vergaderjaar 1995-1996, B, Advies Raad van State en nader rapport, blz. 8

32. Zie § 4.3.2.

33. Bij niet-onderworpen deelnemingen dient art. 13a wet Vpb. 1969 in ogenschouw te worden genomen. Ingevolge art. 13a komen negatieve voordelen uit hoofde van een bezitting in een niet-onderworpen deelneming slechts in aftrek van de in Nederland belastbare winst, voorzover tot de winst positieve voordelen uit hoofde van die bezitting behoren. De positieve voordelen behoren niet tot de financieringswinst. De negatieve voordelen dienen belast aan de risicoreserve te worden onttrokken. Worden in het betreffende jaar evenwel geen positieve voordelen behaald, dan behoeft geen negatief voordeel aan de reserve onttrokken te worden.

34. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 33. Overigens spreekt de toelichting van 'afwaarderingsverliezen op belangen in verbonden lichamen die niet onder de deelnemingsvrijstelling vallen omdat zij niet zijn onderworpen'. Ingevolge art. 15b, eerste lid, dienen verliezen welke samenhangen met het houden van deelnemingen aan de risicoreserve onttrokken te worden. Daartoe is niet vereist dat sprake is van een verbonden lichaam.

35. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 37.

ingeval de omvang van de risicoreserve ontoereikend is, is het zinvol om af te waarden ingevolge art. 13ca.

Verliezen die voortvloeien uit de kwaliteit van aandeelhouder komen ingevolge art. 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969, niet in aftrek van de winst.³⁶ Alsdan behoeft geen belaste onttrekking aan de risicoreserve plaats te vinden. Voor een onttrekking aan de risicoreserve is immers vereist dat het verlies ten laste komt van de in Nederland belastbare winst van het concern.

Kwalificeert een belang niet meer als een deelneming in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb. 1969, dan zal het resultaat ter zake van deze participatie voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling moeten worden compartimenteerd.³⁷ Voorzover het voordeel is toe te rekenen aan de deelnemingsperiode is de deelnemingsvrijstelling van toepassing, ondanks dat het voordeel eerst gerealiseerd kan zijn in een periode waarin de deelnemingsvrijstelling niet meer van toepassing is. Voor de regeling van art. 15b kan worden aangesloten bij de compartimenteringsgedachte voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling. Is als gevolg van de compartimentering een verlies uit de deelneming niet aftrekbaar bij het CFA-lichaam of het concernlichaam, dan behoeft geen bedrag dienaangaande aan de risicoreserve onttrokken te worden. Is een verlies wel aftrekbaar van de Nederlandse winst, dan is de vraag in hoeverre het verlies verband houdt met een deelneming in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb. 1969. Is een verlies (deels) aftrekbaar omdat het is ontstaan in een periode waarin het belang minder dan 5% bedraagt, dan behoeft geen bedrag gelijk aan het verlies aan de risicoreserve onttrokken te worden. Het verlies houdt immers geen verband met een deelneming in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb. 1969.

In het vierde lid van art. 15b is een overgangsregeling getroffen voor liquidatieverliezen die ontstaan binnen vijf jaar nadat voor de eerste maal aan de risicoreserve is gedoteerd. Een liquidatieverlies dat betrekking heeft op een vóór het eerste dotatiejaar reeds gehouden deelneming, behoeft niet tot een belaste afname van de risicoreserve te leiden.³⁸

6.2.2.4 *Verliezen uit aansprakelijkstelling*

In de parlementaire toelichting is opgemerkt dat met de risico's ter zake van het houden van kwalificerende deelnemingen wordt bedoeld op de risico's die uitgaan boven het verlies van het nominaal aandelenkapitaal en de bedongen agio in die

36. HR 29 augustus 1997, BNB 1998/3.

Zie § 6.2.2.4.

37. HR 2 juli 1986, BNB 1986/305, HR 19 juni 1991, BNB 1991/268 en HR 22 januari 1997, BNB 1997/101.

38. Zie § 6.2.2.11

deelneming³⁹ De risico's omvatten niet uitsluitend een mogelijk verlies dat wordt geleden op een deelneming, maar tevens een aansprakelijkstelling die het vermogen van een deelneming te boven gaat De toelichting geeft als voorbeeld de situatie waarin het faillissement van een werkmaatschappij is uitgesproken en het CFA-lichaam of een met haar verbonden concernlichaam wordt aangesproken voor betaling van het loon van de werknemers, van achterstallige belasting welke door de werkmaatschappij is verschuldigd of voor andere verplichtingen welke de werkmaatschappij is aangegaan Voorts valt volgens de toelichting te denken aan de situatie dat een werkmaatschappij aansprakelijk wordt gesteld voor niet-verzekerde schade, welke de omvang van het vermogen van de werkmaatschappij te boven gaat⁴⁰

Ingevolge het bepaalde in art 15b Wet Vpb 1969 moet een bedrag belast aan de risicoreserve worden onttrokken indien

- a het verlies uit de aansprakelijkstelling ten laste komt van de Nederlandse winst van het aangesproken CFA-lichaam of een concernlichaam, en
- b het een verlies betreft ter zake van een in art 15b, eerste lid, genoemd risico

ad a Een aansprakelijk gesteld lichaam lijdt in beginsel een aftrekbaar verlies voorzover zij geen regresmogelijkheid meer heeft op de schuldenaar en de aansprakelijkheid niet voortvloeit uit de kwaliteit van aandeelhouder Vloeit het nadeel uit de aansprakelijkstelling voort uit het aandeelhouderschap in de dochtermaatschappij, dan kan het nadeel worden aangemerkt als een onder art 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969 vallend (negatief) voordeel uit hoofde van de aandelen in de dochtermaatschappij⁴¹ Het nadeel uit de aansprakelijkstelling komt alsdan niet ten laste van de in Nederland belaste winst

ad b. Het verlies uit de aansprakelijkstelling moet verband houden met financieringsactiviteiten, het houden van deelnemingen of het drijven van een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting. Wordt het CFA-lichaam aangesproken in de hoedanigheid van crediteur of borg, dan kan het verlies samenhangen met de financieringsactiviteiten welke het CFA-lichaam jegens het betreffende concernlichaam heeft verricht.⁴² Alsdan dient een bedrag gelijk aan het verlies aan de risicoreserve onttrokken te worden Wordt het CFA-lichaam of een ander concernlichaam aansprakelijk gesteld uit hoofde van het aandeelhouderschap, dan houdt een nadeel uit de aansprakelijkstelling verband met het houden van deelnemingen Echter, in een dergelijk situatie valt het nadeel veelal onder de deelnemingsvrijstelling, en komt het niet ten laste van de in Nederland belastbare winst Alsdan behoeft niet aan de

³⁹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 3, Memorie van toelichting, blz 29 en TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz 47

⁴⁰ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 3, Memorie van toelichting blz 29 en 30

⁴¹ Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 1988, BNB 1989/52, Hof Amsterdam 16 april 1993, V-N 1993, blz 2563 en HR 29 augustus 1997, BNB 1998/3

⁴² Zie § 6.2.2

risicoreserve onttrokken te worden.⁴³ Wordt een ander concernlichaam uit andere hoofde dan uit de positie van aandeelhouder aangesproken, bijvoorbeeld als bestuurder of crediteur, dan behoeft evenmin aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Is een ander concernlichaam aansprakelijk gesteld en gaat deze aansprakelijkstelling het eigen vermogen van het concernlichaam te boven, dan kan CFA-lichaam kapitaal storten in het concernlichaam ter aanzuivering van het negatieve vermogen. Het bedrag van een dergelijke kapitaalstorting kan ingevolge art. 15b, vijfde lid, volledig onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken.⁴⁴

In beginsel is een vennootschap niet aansprakelijk voor schulden of verliezen van een andere vennootschap.⁴⁵ Elke vennootschap is immers juridisch zelfstandig. Hetzelfde geldt voor de relatie tussen verbonden lichamen. Een moedermaatschappij kan in beginsel niet meer verliezen dan haar deelname in het kapitaal van de dochter. Er kunnen zich evenwel omstandigheden voordoen dat een moedervennootschap voor een groter bedrag aansprakelijk is. Men onderscheidt hierin een vrijwillige en onvrijwillige aansprakelijkheid van de moedermaatschappij.⁴⁶ Onder vrijwillige aansprakelijkheid wordt de situatie verstaan waarin de moedermaatschappij zichzelf krachtens bijvoorbeeld een borgtocht, garantie of groepsvrijstelling ex art. 2:403 BW heeft verbonden voor de nakoming van een schuld van de dochter. Bij onvrijwillige aansprakelijkheid kan worden gedacht aan aansprakelijkheid ingevolge onrechtmatige daad, bestuurdersaansprakelijkheid, fiscale aansprakelijkheden van hoofdstuk VI Invorderingswet 1990, en aansprakelijkheid op grond van vereenzelviging. Van de diverse aansprakelijkheden wordt hierna bezien in hoeverre een uit de aansprakelijkstelling voortvloeiend verlies tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve moet leiden.

6.2.2.4.1 Aansprakelijkheid krachtens borgtocht

Bij overeenkomst van borgtocht verbindt het CFA-lichaam of een concernlichaam zich tegenover een schuldeiser tot nakoming van een verbintenis welke een ander concernlichaam, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen.⁴⁷ Een overeenkomst van borgtocht wordt aangegaan om een schuldeiser voldoende zekerheid te bieden. Na voldoening van de schuld verkrijgt de borg in de regel een regresvordering op de hoofdschuldenaar. Is laatstgenoemde partij insolva-

43 De voorbeelden genoemd in de parlementaire toelichting behoeven niet tot een onttrekking te leiden indien het nadeel verband houdt met het aandeelhouderschap.

44. Zie § 6.3.3.1.

45. HR 26 maart 1986, BNB 1986/245

46 Ontleend aan A.P. Schoonbrood-Wessels, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut, deel 42, Kluwer Deventer, 1993, blz. 813. Zie ook S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteijn, Van het concern, Gouda Quint Deventer, 1997, blz. 163 e.v.

47. Art. 7:850 e.v. BW. Voor een meer uitgebreide beschouwing over borgtocht zij verwezen naar J.A. Smit, Borgtocht, Civielrechtelijke en fiscale aspecten, Fiscale brochures, FED Deventer, 1993.

bel, dan draagt de borg het verlies. De aansprakelijkheid vloeit voort uit de borgstelling. Het motief voor de borgstelling is veelal gelegen in het concern- en/of aandeelhoudersbelang.⁴⁸ Indien het CFA-lichaam of een ander concernlichaam de borgtocht is aangegaan als aandeelhouder van de hoofdschuldenaar, kan de overeenkomst van borgtocht verband houden met de deelneming in de schuldenaar. Een verlies uit de borgtocht houdt alsdan verband met het houden van een deelneming in de schuldenaar, en moet aan de risicoreserve onttrokken worden. Ware het niet dat als het nadeel voortvloeit uit het aandeelhouderschap, het nadeel ingevolge de deelnemingsvrijstelling veelal niet ten laste van de Nederlandse winst zal komen. Een onttrekking aan de risicoreserve is alsdan niet noodzakelijk.

Kwalificeert een borgtocht als (complementaire) financieringsactiviteit, dan kunnen de baten uit deze overeenkomst bij het CFA-lichaam in de concernfinancieringswinst worden begrepen.⁴⁹ Een uit de borgtocht voortkomend verlies kan in beginsel als bedrijfsverlies worden aangemerkt.⁵⁰ Lijdt het CFA-lichaam een verlies uit borgtocht, dan wordt een bedrag ter grootte van het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken.

6.2.2.4.2 Aansprakelijkheid ingevolge garantie

Een bank kan een geconsolideerd krediet verlenen aan een concern, bijvoorbeeld door middel van een zogenaamd paraplu-krediet. Veelal zijn de concernlichamen ieder voor zich hoofdelijk aansprakelijk voor de concernschuld. Deze situatie van hoofdelijke aansprakelijkheid onderscheidt zich van borgtocht doordat de concernlichamen zelf gebruik kunnen maken van de kredietmogelijkheid. Een borg biedt slechts zekerheid, de schuld gaat hem niet aan.

Wordt het CFA-lichaam of een concernlichaam aangesproken voor de gehele concernschuld, dan verkrijgt zij ingevolge art. 6:10 BW een regresvordering op de overige schuldenaren voor het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat. Blijkt de regresvordering voor het geheel of voor een gedeelte geen waarde toe te komen, dan komt een verlies ten laste van de betalende vennootschap.⁵¹ De vraag komt op of een dergelijk verlies in mindering moet komen op de risicoreserve.

48. Zie ook HR 19 januari 2000, nr. 34 802, V-N 2000, blz. 661-663.

49. Zie § 4.2.6.5.

50. HR 27 november 1935, B 5970.

51. Neemt de betalende vennootschap een schuld op zich zonder dat zij een regresvordering verkrijgt op de schuldenaren, dan kan sprake zijn van een vermomde winstuitdeling of informele kapitaalstorting. De betaling van de schuld leidt dan niet tot een aftrekbaar verlies bij de betalende vennootschap. Is sprake van een informele kapitaalstorting in een deelneming, dan kan wellicht een bedrag ter grootte van de helft van de kapitaalverstrekking onbelast aan de risicoreserve onttrokken worden.

Indien een moedermaatschappij wordt aangesproken voor een schuld van haar dochter, dan verkrijgt de moeder een regresvordering op de dochter. De afwaardering van die vordering valt onder de werking van art. 13b Wet Vpb. 1969. Zie TK, vergaderjaar 1987-1988, 19 968, nr. 7, Memorie van antwoord, blz. 14: '(...) Naar mijn mening verkrijgt de moedermaatschappij bij een beroep op de garantstelling een vor- →

In het arrest HR 29 augustus 1997, BNB 1998/3, is aan de orde het geval waarin een moedermaatschappij zich aansprakelijk heeft gesteld voor een lening die een bank verstrekt aan een samen met de medeaandeelhouder nog op te richten dochtervennootschap. Na twee jaren verkoopt de moedermaatschappij de aandelen in de dochter aan de medeaandeelhouder. Voorts neemt de medeaandeelhouder tegen betaling van f 250 000 de aansprakelijkheid jegens de bank over van de moedermaatschappij. De Hoge Raad oordeelt dat de moedermaatschappij zich in haar kwaliteit van toekomstig aandeelhouder van de dochter aansprakelijk heeft gesteld voor de schulden van de dochter in oprichting. De betaling van f 250 000 behoort tot de resultaten uit hoofde van een deelneming en komt niet ten laste van de winst. Dat de hoofdelijke aansprakelijkheid is aanvaard met het oog op de financiering van de dochter doet hier niet aan af.

Ingeval een verlies uit aansprakelijkstelling voortvloeit uit de positie van aandeelhouder, dan komt het verlies niet ten laste van de winst. Aan de risicoreserve hoeft geen bedrag te worden onttrokken. In zijn noot bij BNB 1998/3 merkt Juch op dat het verlies mogelijk niet onder de deelnemingsvrijstelling valt, indien de moedermaatschappij zelf de lening was aangegaan bij de bank en vervolgens een lening zou hebben verstrekt aan de dochter. Het verlies op de vordering zou dan wellicht aftrekbaar zijn. Zou de betreffende moedermaatschappij een risicoreserve hebben gevormd, dan zou in de door Juch geschetste situatie een bedrag gelijk aan het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken moeten worden. Het verlies houdt immers verband met een financieringsactiviteit.

De vraag is hoe om te gaan met de situatie dat een CFA-lichaam zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor een schuld van een concernlichaam, niet zijnde een dochtermaatschappij. Dan lijkt nauwelijks verdedigbaar dat het CFA-lichaam in haar hoedanigheid van aandeelhouder aansprakelijk gesteld kan worden. Een verlies ingevolge deze aansprakelijkheid kan dan ten laste van de winst worden gebracht. Daar de aansprakelijkheid is aanvaard voor de financiering van het concernlichaam zou sprake kunnen zijn van een financieringsactiviteit, ter zake waarvan een verlies belast aan de risicoreserve onttrokken dient te worden.⁵²

6.2.2.4.3 Aansprakelijkheid ingevolge art. 2:403 BW

Voor tot een groep behorende vennootschappen voorziet art. 2:403 BW onder bepaalde voorwaarden in een vrijstelling van vrijwel alle voorschriften van het jaarre-

dering op de desbetreffende dochter die, op grond van de financiële situatie van de dochter, meteen kan worden afgewaardeerd ten laste van de winst van de moeder indien zij zich uit zakelijke overwegingen (niet voortvloeiend uit de positie als aandeelhouder) heeft garant gesteld. Naar mijn oordeel valt een dergelijke afgewaardeerde vordering indien die wordt omgezet in aandelenkapitaal onder de door mij voorgestelde regeling (art. 13b Wet Vpb 1969, AvS), ()

52 Zie § 4.2.6.5

keningenrecht⁵³ Een van de voorwaarden is dat de moedermaatschappij een aansprakelijkheidsverklaring neerlegt waarin zij zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de uit rechtshandelingen van de groepsmaatschappijen voortvloeiende schulden. Schulden uit onrechtmatige daad en belastingschulden vallen derhalve niet onder de aansprakelijkstelling van art 2:403 BW. De schuldeiser kan zowel de dochter- als moedervennootschap aanspreken voor het geheel van de schulden. Voldoet de moedermaatschappij de gehele schuld, dan kan zij ingevolge art 6:10, tweede lid, BW verhaal nemen op de dochtermaatschappij. Voor hetgeen de moeder meer heeft betaald dan het gedeelte dat haar aangaat, verkrijgt zij een zelfstandig regres op de dochter.

Het motief voor de aansprakelijkheidsverklaring ingevolge 2:403 BW is gelegen in het concern- en/of aandeelhoudersbelang. Heeft het CFA-lichaam of een concernlichaam een aansprakelijkheidsverklaring afgegeven in de hoedanigheid van aandeelhouder van de dochtermaatschappij, dan kan de aansprakelijkheidsverklaring samenhangen met het houden van een deelneming. Vloet er alsdan bij het CFA-lichaam of het concernlichaam een aftrekbaar verlies voort uit de aansprakelijkheidsverklaring, bijvoorbeeld omdat de regresvordering geen waarde heeft, dan dient een bedrag gelijk aan het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Hierbij zij opgemerkt dat als het nadeel ingevolge de deelnemingsvrijstelling niet ten laste van de Nederlandse winst komt, een belaste afname van de risicoreserve niet aan de orde is.

6.2.2.4.4 Aansprakelijkheid als bestuurder

In geval van faillissement van een dochtervennootschap kan ingevolge art 2:138/248 BW de moedervennootschap die optreedt als formeel of feitelijk bestuurder van de dochtervennootschap hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het tekort in het faillissement. Daarvoor is vereist dat de moedervennootschap haar taak als bestuurder onbehoorlijk heeft vervuld en aannemelijk is dat dit een belangrijke oorzaak is van het faillissement. De oorzaak van de aansprakelijkstelling is niet gelegen in het aandeelhouderschap, maar in de bestuursfunctie in de dochtervennootschap. Een verlies voortvloeiende uit de bestuurdersaansprakelijkheid is geen verlies ter zake van een in art 15b, eerste lid, genoemd risico. Wordt het CFA-lichaam of een concernlichaam aangesproken als bestuurder van een vennootschap, dan behoeft ter zake van enig verlies geen onttrekking aan de risicoreserve plaats te vinden.

⁵³ Uitgebreid zie S.M. Bartman en A.F.M. Dorresteyn, Van het concern. Gouda Quint Deventer, 1997, blz. 167 e.v.

6.2.2.4.5 Aansprakelijkheid ingevolge onrechtmatige daad

De crediteur van een dochtermaatschappij kan onder omstandigheden de moedermaatschappij uit onrechtmatige daad aansprakelijk stellen.⁵⁴ Kort gesteld handelt een moedervereniging onrechtmatig jegens de crediteuren van de dochter indien op het moment van het gewraakte handelen of nalaten ernstig rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de dochtermaatschappij niet volledig aan haar verplichtingen kan voldoen.

De moedermaatschappij kan uit verschillende hoofde aansprakelijk gesteld worden op grond van onrechtmatige daad.⁵⁵ Ten eerste kan de moeder aangesproken worden als feitelijk bestuurder. Een moedermaatschappij die zich zodanig intensief met haar dochter bemoeit dat zij op een lijn kan worden gesteld met de formele bestuurders, handelt onrechtmatig jegens crediteuren van de dochtervereniging als zij toelaat dat de dochter verplichtingen aangaat, terwijl zij weet of behoort te weten dat de dochter niet in staat is deze te voldoen. Ter illustratie zij verwezen naar het Albada Jelgersma II-arrest.⁵⁶ In dit arrest heeft de moedermaatschappij tegenover een leverancier van de dochter nagelaten maatregelen te nemen in de situatie dat zij voorzorg of behoorde te voorzien dat de leverancier bij voortzetting van haar omvangrijke leveranties benadeeld zou worden door gebrek aan verhaal.

Op de tweede plaats kan de moedermaatschappij aangesproken worden als aandeelhouder. In de hoedanigheid van aandeelhouder kan zij het vermogen van de dochter aantasten door winsten of reserves uit te keren, eigen aandelen in te kopen, of terug te betalen op het aandelenkapitaal.⁵⁷ Gewezen wordt op het Nimox-arrest waarin de Hoge Raad overweegt dat een aandeelhouder zichzelf geen dividend mag toekennen wanneer zij moet voorzien dat de crediteuren van de dochtermaatschappij daardoor worden benadeeld.⁵⁸

Ten derde kan de moedermaatschappij op grond van een onrechtmatige daad aansprakelijk worden gesteld in de hoedanigheid van crediteur. Ter illustratie kan worden gewezen op het Osby-arrest.⁵⁹ In deze zaak verwerft de moedermaatschappij alle activa van de dochter in eigendom tot zekerheid van een verstrekt krediet, waardoor

54 Ook een zustermaatschappij kan worden aangesproken. Het omgekeerde is ook mogelijk, een dochter wordt aangesproken door crediteuren van haar moeder. De meest voorkomende situatie is evenwel die waarbij de moeder wordt aangesproken door een crediteur van de dochtermaatschappij

55 Uitvoering zie A.P. Schoonbrood-Wessels, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heyden-instituut, deel 42, Kluwer Deventer, 1993, blz. 894 e.v., en M.L. Lennarts, Concernaansprakelijkheid, Kluwer Deventer, 1999, blz. 185 e.v.

56 HR 19 februari 1988, NJ 1988, 487

57 F.J.P. van den Ingh, Men gaat deur hovaardy ver boven 't kappetael, Drie Nijmeegse redes, Serie Monografieën vanwege het Van der Heyden-instituut, deel 59, Kluwer Deventer, 1998, blz. 27.

58 HR 8 november 1991, NJ 1992, 174

59 HR 25 september 1981, NJ 1982, 443. Zie voorts het arrest Keulen/BLG, HR 9 mei 1986, NJ 1986, 792

aan nieuwe schuldeisers van de dochter praktisch geen verhaal meer geboden kan worden. Met name de omstandigheid dat de moeder een zodanig inzicht heeft in en zeggenschap heeft over het beleid van de dochter waardoor zij, gelet op de omvang van haar vordering, op het moment van de zekerheidsoverdracht wist of behoorde te voorzien dat nieuwe schuldeisers zouden worden benadeeld bij gebrek aan verhaal, levert volgens de Hoge Raad een onrechtmatige daad jegens nieuwe crediteuren op.

Voor de concernfinancieringsregeling is van belang in welke hoedanigheid de moedermaatschappij op grond van een onrechtmatige daad is aangesproken. Het onderscheid is namelijk relevant voor de vraag of een eventueel *aftrekbaar* verlies als gevolg van een aansprakelijkstelling, leidt tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve. Regelmatig ontbreekt een duidelijk onderscheid, en is de aansprakelijkstelling gebaseerd op een combinatie van factoren. Bijvoorbeeld een situatie waarin de moedermaatschappij aansprakelijk wordt gesteld in de rol van aandeelhouder tevens bestuurder. Lijdt het CFA-lichaam of een concernlichaam een *aftrekbaar* verlies als gevolg van een aansprakelijkstelling welke in belangrijke mate is gebaseerd op de hoedanigheid van aandeelhouder, dan dient een bedrag gelijk aan het verlies aan de risicoreserve onttrokken te worden. Het verlies hangt namelijk samen met een risico dat verband houdt met het houden van deelnemingen. Wordt een verlies geleden als gevolg van een aansprakelijkstelling in de hoedanigheid van crediteur van een concernlichaam, dan behoeft slechts aan de risicoreserve onttrokken te worden indien het verlies is geleden door het CFA-lichaam. Verliezen ter zake van financieringsactiviteiten verricht door andere concernlichamen komen niet in mindering op de risicoreserve. Vloeit een aansprakelijkstelling van het CFA-lichaam of een ander concernlichaam in belangrijke mate voort uit de rol van bestuurder van een vennootschap, dan behoeft ter zake van een verlies evenmin een bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden.

6.2.2.4.6 Aansprakelijkheid op grond van vereenzelviging

Behalve op grond van de wettelijke bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:138/248 BW) en op basis van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) kan een moedermaatschappij ook op grond van vereenzelviging aansprakelijk worden gesteld voor schulden van de dochtervennootschappij. Volgens Maeijer is sprake van vereenzelviging als bij de toepassing van een norm voorbij gegaan wordt aan het verschil in identiteit tussen rechtspersonen.⁶⁰ In de lagere jurisprudentie is meerdere malen een beroep op vereenzelviging gehonoreerd. Daarbij speelt de doorslaggevende zeggenschap in de dochtermaatschappij veelal een belangrijke rol. De Hoge Raad is van oordeel dat nauwe verwevenheid tussen een of meerdere vennootschappen op zichzelf *niet* kan leiden tot aansprakelijkheid van de moedermaatschappij voor schulden van de dochtermaatschappij.⁶¹ Onder welke omstandigheden dan wel sprake kan zijn van

⁶⁰ Asser Maeijer 2:III. Vertgenwoordiging en rechtspersoon. Tjeenk Willink Zwolle 1994, blz. 887.

⁶¹ Zie o.a. HR 2 november 1984, NJ 1985, 446 en HR 16 juni 1995, NJ 1996, 214.

vereenzelviging, heeft de Hoge Raad tot op heden in het midden gelaten. De literatuur is verdeeld over de vraag welke omstandigheden kunnen leiden tot vereenzelviging van moeder- en dochtervennootschap.⁶²

Mocht een moedermaatschappij op grond van vereenzelviging aangesproken worden voor schulden van de dochter, dan rijst voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling de vraag in welke hoedanigheid de moeder wordt aangesproken. Evenals bij een aansprakelijkstelling uit onrechtmatige daad is ook bij een aansprakelijkstelling op basis van vereenzelviging niet altijd duidelijk in welke hoedanigheid een moedermaatschappij is aangesproken. Uit de lagere jurisprudentie blijkt dat het veelal meerdere factoren zijn die tot vereenzelviging leiden. Is de vereenzelviging in belangrijke mate gebaseerd op een zeer nauwe bestuurdersrelatie, dan behoeft het verlies als gevolg van de vereenzelviging niet belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Is de vereenzelviging in belangrijke mate een gevolg van een zeer hechte aandeelhoudersrelatie, dan dient een eventueel *afteikbaar* verlies uit deze vereenzelviging belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Komt het nadeel door toepassing van de deelnemingsvrijstelling niet ten laste van de Nederlandse winst van de moedermaatschappij, dan behoeft geen bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden.

6.2.2.4.7 Fiscale aansprakelijkheid

In hoofdstuk VI van de Invorderingswet 1990 zijn verschillende fiscale aansprakelijkheden te onderscheiden.⁶³ Ten aanzien van de belaste onttrekkingen aan de risicoreserve zijn slechts relevant de aansprakelijkheden ter zake waarvan een eventueel verlies verband houdt met financieringsactiviteiten of het houden van deelnemingen. Wordt een lichaam aangesproken op grond van de inleners-, keten- of bestuurdersaansprakelijkheid, dan behoeft geen bedrag belast aan de reserve te worden onttrokken. Binnen een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting is ingevolge art. 39 Invorderingswet 1990 elk van de gevoegde maatschappijen hoofdelijk aansprakelijk voor de belastingschuld. De betalende vennootschap krijgt een regresvordering op de gevoegde maatschappij, voorzover de verschuldigde belasting betrekking heeft op het aandeel van de gevoegde maatschappij in de winst van de fiscale eenheid. Is verhaal op de betreffende maatschappij niet mogelijk, dan wordt het verlies gedragen door de betalende vennootschap. De vraag rijst of een dergelijk verlies samenhangt met het houden van deelnemingen. Slechts indien een moedermaatschappij een ver-

62 M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid*, Kluwer Deventer, 1999, blz. 243, is van mening dat vereenzelviging alleen aan de orde is indien de vermogens van twee of meer vennootschappen onontwaarbaar zijn vermengd. H.L.J. Roelvink, *Boekbespreking*, WPNR 1996, blz. 112, is van mening dat alleen ingeval sprake is van een zeer krasse vorm van misbruik, vereenzelviging aan de orde is. A.L. Mohr, *Vereenzelviging*, beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport, WPNR 1996, blz. 790, stelt zich op het standpunt dat vereenzelviging nooit een zelfstandige grondslag kan vormen voor aansprakelijkheid.

63 Uitvoering zie J.H.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheid in belastingzaken*, Fiscale monografie nr. 73, Kluwer Deventer, 1999.

lies draagt ter zake van een belastingschuld van een dochtermaatschappij, kan wellicht worden betoogd dat het verlies samenhangt met het houden van deelnemingen en mitsdien in mindering dient te komen op de risicoreserve. Een nadeel dat verband houdt met het houden van deelnemingen behoeft ingevolge de deelnemingsvrijstelling niet ten laste van de Nederlandse winst te komen. Een vermindering van de risicoreserve is alsdan niet noodzakelijk. Overigens is maar zeer de vraag of een aansprakelijkheidsverlies uit fiscale eenheid kan worden aangemerkt als een verlies voortvloeiende uit het houden van deelnemingen. Binnen fiscale eenheid kan immers geen deelneming in een dochtermaatschappij worden onderscheiden.⁶⁴ De vennootschapsbelasting wordt binnen fiscale eenheid geheven alsof de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij is opgegaan.

6.2.2.5 *Verliezen uit buitenlandse vaste inrichting*

Verliezen welke voortvloeien uit het drijven van een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting, leiden tot een belaste vrijval van de risicoreserve.⁶⁵ Zowel verliezen op vermogensbestanddelen die aan de vaste inrichting kunnen worden toegerekend, als verliezen ontstaan doordat de kosten die verband houden met de buitenlandse vaste inrichting in enig jaar hoger zijn dan de opbrengst dienaangaande, komen ten laste van de risicoreserve.⁶⁶ Dat de dotatie aan de risicoreserve niet is gebaseerd op de resultaten van de buitenlandse vaste inrichtingen, is niet van belang.⁶⁷ De reserve wordt zowel gevormd voor verliezen geleden door het CFA-lichaam als voor verliezen geleden door andere concernlichamen, voorzover die in Nederland ten laste van de winst komen. Dit betekent dat een verlies uit een buitenlandse vaste inrichting, als gevolg van de onttrekking aan de risicoreserve, binnen het concern als geheel per saldo niet ten laste van de in Nederland belastbare winst komt. De risicoreserve wordt niet gevormd voor verliezen ter zake van vaste inrichtingen waarvan de activiteiten voornamelijk bestaan uit beleggen of passieve financieringswerkzaamheden als omschreven in de laatste volzin van art. 13, tweede lid.⁶⁸

Per vaste inrichting moet worden beoordeeld of een vaste inrichtingsverlies aanwezig is. Is ter zake van een vaste inrichting een verlies geleden, dan dient ongeacht de totale winst van alle vaste inrichtingen tezamen, een bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden. Een onttrekking vindt plaats ongeacht of voor de berekening

64 HR 4 juni 1986, BNB 1986/282.

Volgens het op 26 oktober 1999 ingediende wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid (TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 854) blijft tussen gevoegde lichamen wel een deelnemingsverhouding bestaan.

65. Ook ter zake van ondernemingen die in meerdere landen kortstondig op projectbasis door middel van een vaste inrichting werkzaamheden verrichten (bijvoorbeeld aanneming van werk), is art. 15b, vierde lid, van toepassing. Deze projecten zijn veelal verliesgevend en leiden derhalve ook tot een belaste vrijval van de risicoreserve. Zie EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 13.

66 Zie § 6.2.2.1.2

67 TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 30.

68 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8. Zie § 4.4.3.

van de voorkoming van dubbele belasting de afzonderlijke of de gezamenlijke methode wordt toegepast.⁶⁹

In het vierde lid van art. 15b is een overgangsregeling getroffen voor buitenlandse vaste inrichtingsverliezen die ontstaan binnen vijf jaar nadat voor de eerste maal aan de risicoreserve is gedoteerd. Een vaste inrichtingsverlies dat betrekking heeft op een vóór het eerste dotatiejaar reeds gedreven buitenlandse vaste inrichting, behoeft niet tot een belaste afname van de risicoreserve te leiden.⁷⁰

6.2.2.6 *Verlies uit overnamekas*

Ingevolge art. 15b, vierde lid, wordt een bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken indien een verlies is geleden ter zake van de in het eerste lid omschreven risico's. Het aanhouden van een overnamekas behoort niet tot deze risico's. De staatssecretaris merkt tijdens de parlementaire behandeling het volgende op: 'Teneinde deze resultaten (als gevolg van valutawijzigingen; AvS) zo neutraal mogelijk te behandelen, stel ik voor de valutawinsten voor het geheel aan de risicoreserve toe te voegen. Dit mede in verband met de omstandigheid dat valutaverliezen op grond van art. 15b, vierde lid, voor het geheel aan de reserve moeten worden onttrokken.'⁷¹ De staatssecretaris suggereert ten onrechte dat alle valutaverliezen in mindering komen op de risicoreserve. De verliezen welke verband houden met de overnamekas, waaronder valutaverliezen, behoeven ingevolge art. 15b, vierde lid, jo. eerste lid, niet aan de risicoreserve onttrokken te worden.

6.2.2.7 *Realisatie verlies*

Op basis van het goed koopmansgebruik moeten vorderingen opgenomen worden voor de waarde die zij op de balansdatum hebben. Daarvoor is beslissend het subjectieve oordeel dat de belastingplichtige zich heeft gevormd en redelijkerwijs heeft kunnen vormen, op basis van de omstandigheden die ten tijde van het opmaken van de balans bekend zijn of na onderzoek bekend hadden kunnen zijn.⁷² Het CFA-lichaam kan mitsdien een ongerealiseerd verlies op een concernvordering lijden. Op grond van het voorzichtigheidsbeginsel is het CFA-lichaam dan gehouden een verlies te nemen, ter zake waarvan een bedrag belast aan de risicoreserve wordt onttrokken.

Op basis van het voorzichtigheidsbeginsel kan het CFA-lichaam onder bepaalde omstandigheden gehouden zijn een ter beschikking gestelde bedrijfsmiddel op lagere bedrijfswaarde te waarderen. Onder meer in HR 17 april 1991, BNB 1991/165

69 EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 13

70 Zie § 6.2.2.11

71. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 10.

72. HR 21 oktober 1953, BNB 1953/295 en HR 29 januari 1958, BNB 1958/112.

overweegt de Hoge Raad dat een winstbepaling die geen rekening houdt met een lagere bedrijfswaarde, niet in overeenstemming is met goed koopmansgebruik⁷³ Een dergelijke verplichte afwaardering leidt tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve

Heeft het CFA-lichaam zich borg gesteld voor een ander concernlichaam, dan kan het CFA-lichaam de borgtochtverplichting passiveren. Kwalificeert de borgtocht als financieringsactiviteit, dan dient ter zake van de passivering een gelijk bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. De omvang van de verplichting dient jaarlijks te worden bepaald aan de hand van het risico dat het CFA-lichaam als borg zal worden aangesproken.

Het nemen van een liquidatieverlies kan worden uitgesteld tot een tijdstip waarop de risicoreserve geen ruimte meer biedt voor een verplichte afboeking omdat deze door een onbelaste afname op nihil is uitgekomen. Een dergelijke manipulatie van het liquidatieverlies is volgens de staatssecretaris ongewenst. In voorwaarde VI 2 van de modelbeschikking is derhalve bepaald dat een liquidatieverlies genomen dient te worden direct na afloop van de normale termijn van vereffening in het land van vestiging van de deelneming. Op welke wijze de normale termijn van vereffening wordt bepaald en door wie is niet duidelijk. Manipulatie wordt verondersteld indien

- a. de vereffening langer duurt dan gebruikelijk,
- b. belastingplichtige geen gegronde (niet-fiscale) redenen aanvoert voor de vertraging, en
- c. het liquidatieverlies niet of slechts gedeeltelijk belast aan de risicoreserve kan worden onttrokken.

In dat geval wordt het liquidatieverlies, voorzover het niet ten laste van de reserve kan worden gebracht, verrekend met toevoegingen aan de reserve in de komende vijf jaar. Binnen de systematiek van art. 15b betekent dit mijns inziens dat in een boekjaar allereerst de dotatie aan de reserve plaatsvindt, direct gevolgd door een belaste onttrekking op grond van onderhavige voorwaarde, waarna de overige onttrekkingen kunnen plaatsvinden.

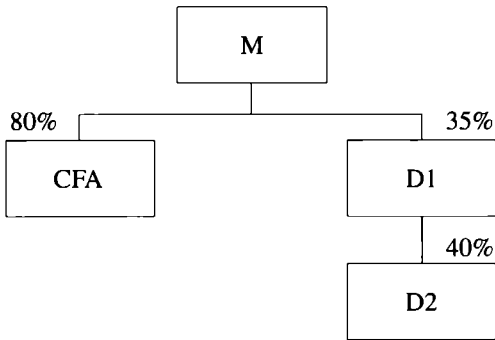
6.2.2.8 *Verlies van ander concernlichaam*

Indien een ander Nederlands concernlichaam een verlies lijdt ter zake waarvan het CFA-lichaam een bedrag aan de risicoreserve moet onttrekken, is de vraag of voor de omvang van de onttrekking de mate van verbondenheid met het andere concernlichaam relevant is. Tijdens de parlementaire behandeling is deze vraag niet aan de orde geweest, hetgeen mij enigszins bevreemd gezien de importantie van deze kwes-

⁷³ Zie ook HR 30 maart 1955, BNB 1955/183 en Hof Arnhem 9 januari 1964, BNB 1964/185.

tie voor het functioneren van de concernfinancieringsregeling. De probleemstelling kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld.

Voorbeeld



Het CFA-lichaam vormt tezamen met M en D1 een concern. D1 lijdt een verlies van 100 op haar deelneming D2. Welk bedrag dient het CFA-lichaam ter zake van dit verlies aan de risicoreserve te onttrekken? Dient een bedrag van 100 aan de risicoreserve van het CFA-lichaam onttrokken te worden, een bedrag van 35 (de verbondenheid gezien vanuit de top van het concern), of een bedrag van 28 (de verbondenheid gezien vanuit het CFA-lichaam)?

Enerzijds kan worden betoogd dat het gehele verlies dat door het andere concernlichaam is geleden, ongeacht de mate van verbondenheid, ten laste van de risicoreserve moet worden gebracht. Deze zienswijze kan worden verdedigd onder verwijzing naar de wettekst. Art. 15b, vierde lid jo. art. 15b, eerste lid, spreekt namelijk van door het *concern* geleden verliezen voorzover die in Nederland ten laste van de winst komen. Hieruit zou afgeleid kunnen worden dat elk verlies geleden door een concernlichaam, ongeacht de mate van verbondenheid met dit concernlichaam, ten laste komt van de risicoreserve. Ook het bepaalde in art. 15b, achtste lid, onderdeel b, en de voorwaarden VI.1 en VI.4 van de modelbeschikking lijken voor deze zienswijze te pleiten. In art. 15b, achtste lid, is bepaald dat 'indien verliezen () bij een ander lichaam (concernlichaam, AvS) in Nederland in aanmerking worden genomen *een bedrag ter grootte van deze verliezen* (cursief AvS) ten laste van de reserve aan de winst wordt toegevoegd'. Voorwaarde VI.1 bezigt soortgelijke bewoordingen. Voorwaarde VI.4 merkt op dat 'wanneer een vaste inrichtingsverlies wordt geleden en ten laste van de in Nederland belastbare winst wordt gebracht bij een ander lichaam (concernlichaam, AvS) dan het CFA-lichaam, *een gelijk bedrag* (cursief AvS) belast aan de reserve moet worden onttrokken'.

De bewoording van art. 15b, eerste en vierde lid, is in dit opzicht niet geheel duidelijk en laat mitsdien enige ruimte voor een andersluidende interpretatie. Zo betogen Bakker en Smit dat een verlies van een verbonden lichaam waaraan een belang van

minder dan 100% wordt gehouden, slechts pro rata naar het gehouden belang in aanmerking hoeft te worden genomen.⁷⁴ Ook Van der Lande is van mening dat bij niet-100% groepsmaatschappijen het verlies proportioneel op de risicoreserve in mindering wordt gebracht.⁷⁵ Deze zienswijze is gebaseerd op een utlating in de parlementaire toelichting, inhoudende dat 'bij niet-100% deelnemingen het verlies proportioneel wordt berekend'. Door het gebruik van het begrip 'deelneming' in plaats van 'verbonden lichaam' is niet geheel duidelijk of de wetgever met deze utlating een pro rata benadering voorstaat bij verliezen geleden door een ander concernlichaam. Een verbonden (concern)lichaam is immers niet noodzakelijkerwijs een deelneming van het CFA-lichaam. Kan met deze utlating wellicht bedoeld zijn dat een aftrekbaar *deelnemings*verlies proportioneel moet worden berekend, inhoudende dat een concernlichaam een verlies ter zake van een 50%-deelneming, slechts voor de helft draagt. Dit laatste is echter zo evident, dat zulks geen toelichting behoeft. In welke context is de utlating gedaan? De utlating is gedaan in een toelichting op art. 15b, achtste lid, onderdeel b, Wet Vpb. 1969, waarin is bepaald dat indien verliezen bij een ander concernlichaam in aanmerking worden genomen, een bedrag ter grootte van deze verliezen aan de risicoreserve onttrokken moet worden. Gezien deze context lijkt de wetgever met de utlating te doelen op verliezen geleden door verbonden lichamen. Dit zou betekenen dat verliezen geleden door niet-100% concernlichamen proportioneel in mindering komen op de risicoreserve. Deze uitleg lijkt niet in strijd met de tekst van art. 15b, eerste en vierde lid.

Indien laatstgenoemde opvatting wordt verdedigd rijst de vraag of de verbondenheid van het concernlichaam moet worden beoordeeld ten opzichte van het CFA-lichaam of ten opzichte van de topvennootschap van het concern. Daar het CFA-lichaam ter zake van het verlies een compenserende onttrekking doet aan de risicoreserve, lijkt de mate van verbondenheid tussen het concernlichaam en het CFA-lichaam van belang. Voorts rijst bij laatstgenoemde zienswijze de vraag of binnen een periode van verbondenheid aanleiding kan zijn voor compartimentering. Daalt bijvoorbeeld een belang in een concernlichaam van 100% naar 50%, dan neemt eveneens het belang bij het door het concernlichaam geleden verlies af van 100% naar 50%. Moeten de verliezen gedurende de 50%- en 100%-periode afzonderlijk worden vastgesteld, of is uitsluitend het belang op het moment van verliesrealisatie relevant? Naar mijn mening dient binnen de concernfinancieringsregeling de compartimenteringsgedachte niet te worden gevolgd.⁷⁶ Een verlies dient beoordeeld te worden op basis van de verbondenheid ten tijde van de verliesrealisatie. Is kort voor het moment van verliesrealisatie het belang gedaald van 100% naar 50%, dan behoeft de risicoreserve slechts te worden verminderd met een bedrag gelijk aan 50% van het verlies.

74 J.R. Bakker en P.M. Smit e.a., *De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer, 1997, blz. 78.

75 M.L.B. van der Lande, *Risicoreserve*, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 49.

76 Zie § 6.2.2.10.

6.2.2.9 Keuzemogelijkheid

Gelijk aan art. 15b, vierde lid, bepaalt voorwaarde VI.1 dat indien een liquidatieverlies, afwaarderingsverlies ex art. 13ca, of verlies uit buitenlandse vaste inrichting door een ander lichaam – lees *concern*lichaam – ten laste van de winst is gebracht, een gelijk bedrag bij het CFA-lichaam belast aan de risicoreserve moet worden onttrokken. Deze opsomming van verliezen is niet limitatief. Ook indien andere verliezen worden geleden waarvoor de risicoreserve is gevormd, dient een belaste onttrekking plaats te vinden.⁷⁷

In afwijking van het wettelijk systeem kunnen het CFA-lichaam en het concernlichaam volgens voorwaarde VI.1 van de modelbeschikking er voor kiezen een belaste onttrekking achterwege te laten, mits het andere concernlichaam dan geen verlies ten laste van haar winst brengt.⁷⁸ In dat geval stelt voorwaarde VI.1 het CFA-lichaam hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelasting welke het andere concernlichaam verschuldigd is als gevolg van de keuze. Echter, op grond van art. 15b, achtste lid, onderdeel b, Wet Vpb. 1969, mag onderhavige voorwaarde slechts strekken tot het voorkomen van dubbele verliesnemingen. Het regelen van de aansprakelijkheid valt buiten het kader van onderdeel b. Bovendien is de vraag of een dergelijke aansprakelijkheidsregeling wel in een modelbeschikking kan worden geregeld. Naar mijn mening dient een dergelijke regeling in de Invorderingswet 1990 opgenomen te worden. Voorts zij opgemerkt dat een dergelijke keuzemogelijkheid inbreuk maakt op de fiscale zelfstandigheid van het andere concernlichaam.⁷⁹

Als gevolg van de verlegging van de belastingheffing van het CFA-lichaam naar het concernlichaam zal een interne verrekening plaatsvinden. Immers, ondanks dat het concernlichaam een verlies lijdt, is zij hierover toch belasting verschuldigd. Het CFA-lichaam zal een compenserende betaling verrichten aan het concernlichaam. Het is mijns inziens ongewenst als dergelijke betalingen in de grondslag van de belastingheffing worden begrepen. Is dit namelijk het geval, dan moet voor de compenserende betaling rekening worden gehouden met de belastbaarheid van de betaling bij het concernlichaam. Blijft de compenserende betaling buiten de belastinggrondslag, dan ben ik met Bakker en Smit van mening dat geen kapitaals- en dividendbelasting aan de orde mag komen.⁸⁰ Tijdens de parlementaire behandeling is dit aspect niet behandeld.

77. Zie § 6 2.2.

78. In de toelichting op art. 15b, achtste lid, onderdeel b, is deze mogelijkheid reeds aangedragen. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 37.

Indien een verlies geleden door een niet-100%-verbonden lichaam proportioneel in mindering komt op de risicoreserve van het CFA-lichaam, dan leidt een keuze om deze belaste afname achterwege te laten ertoe dat het niet-100%-verbonden lichaam slechts het bedrag gelijk aan de belaste afname tot zijn winst behoeft te rekenen. Zie § 6 2.2.8.

79. Zie § 8.5.4.2.

80. J.R. Bakker en P.M. Smit e.a., *De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer, 1997, blz. 89.

Tijdens de parlementaire behandeling werd gesuggereerd dat per belaste onttrekking een keuze gemaakt zou kunnen worden.⁸¹ In voorwaarde VI.1 is echter gesteld dat bij de eerste belaste onttrekking een keuze gemaakt moet worden die in beginsel de eerstvolgende jaren voor alle volgende belaste onttrekkingen gevolgd moet worden. Bovendien zou de keuze moeten gelden voor alle tot het concern behorende lichamen. De belastingplichtige dient volgens voorwaarde VI.1 een bestendige gedragslijn te volgen. Deze bestendigheidseis is ook verwoord in art. 9 Wet IB 1964. Dit artikel is onder meer van toepassing op de reservevorming in de zin van art. 15b Wet Vpb. 1969. De belastingplichtige kan niet per onttrekking opnieuw kiezen, maar dient ingevolge art. 9 Wet IB 1964 een bestendige gedragslijn te volgen.

Volgens voorwaarde VI.1 van de modelbeschikking bestaat de keuzemogelijkheid slechts voor verliezen die bij andere concernlichamen in Nederland in aanmerking worden genomen. De keuzemogelijkheid lijkt niet te bestaan voor verliezen van het CFA-lichaam zelf. Ook de parlementaire toelichting suggereert dat een keuzemogelijkheid slechts bestaat voor verliezen van andere concernlichamen dan het CFA-lichaam. Omtrent de keuzemogelijkheid is namelijk het volgende opgemerkt: 'ook hier kunnen belastingplichtigen ervoor kiezen om (...)'.⁸² Het begrip 'belastingplichtigen' duidt erop dat slechts ter zake van verliezen geleden door andere concernlichamen een keuzemogelijkheid bestaat.

Mocht het CFA-lichaam de keuze hebben om ter zake van een eigen verlies een belaste onttrekking achterwege te laten, dan leidt dat in beginsel tot een verhoging van het dotatiemaximum, zijnde 80% van het belastbaar bedrag. Het verlies maakt immers geen deel meer uit van het belastbaar bedrag. Alsdan zou een verlies uit financieringsactiviteit evenmin deel moeten uitmaken van de financieringswinst. De financieringswinst ondergaat evenwel geen wijziging als gevolg van de keuze. Volgens het wettelijk systeem behoort een financieringsverlies toch al niet tot de financieringswinst, voorzover ter zake van het verlies een belaste onttrekking plaatsvindt.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een financieringswinst van 100. De stand van de risicoreserve is 150. Op een concernlening wordt 90 afgewaardeerd. Als gevolg van het dotatiemaximum kan slechts 80% van het belastbaar bedrag voor onttrekking en dotatie worden gereserveerd, ofwel een bedrag van 8. Een bedrag van 90 moet belast aan de reserve worden onttrokken. Na dotatie en onttrekking bedraagt de winst 92.

Zou het CFA-lichaam de keuze hebben om de onttrekking en het verlies achterwege te laten, dan is de berekening als volgt. Het dotatiemaximum bedraagt 80% van 100, ofwel 80. Van de

81. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 10 'Net zo als bij liquidatieverliezen staan ook bij vaste inrichtingsverliezen twee wegen open.'

82. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 38.

financieringswinst van 100 kan mitsdien 80 worden gereserveerd. De dotatie aan de risicoreserve wordt niet gehinderd door het dotatieplafond. Nu het verlies niet ten laste van de winst is gebracht, behoeft niet belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Na dotatie bedraagt de winst 20.

Uit het voorbeeld blijkt dat het toestaan van een keuzemogelijkheid ten aanzien van de eigen verliezen van het CFA-lichaam de werking van de risicoreserve ingrijpend kan beïnvloeden. De werking van het dotatiemaximum wordt namelijk beperkt ingeval verliezen worden geleden waarvoor de risicoreserve is gevormd. Onduidelijk blijft evenwel of het de bedoeling van de wetgever is geweest ook ter zake van verliezen geleden door het CFA-lichaam een keuzemogelijkheid te bieden.

6.2.2.10 Compartimentering bij sfeerovergang

Als gevolg van verkoop of emissie kan het belang in een verbonden lichaam dalen beneden de een derde. Uiteraard kan zich ook de omgekeerde situatie voordoen, een niet-verbonden lichaam wordt verbonden als gevolg van een toename van het belang tot een derde of meer, of als gevolg van de inwilliging van een verzoek tot verbondenheid. Verliezen geleden door een ander lichaam behoeven niet aan de risicoreserve te worden onttrokken indien het belang in dat lichaam minder bedraagt dan een derde. De vraag is in hoeverre een geleden verlies gesplitst moet worden in een gedeelte dat is toe te rekenen aan het stadium dat de lichamen nog verbonden waren, en een gedeelte dat is ontstaan in de niet-verbondenheidsperiode. Is de hoofdregel van toepassing, inhoudende dat een verlies wordt beoordeeld op basis van het regime zoals dat ten tijde van realisatie van het verlies van toepassing is, of dient analoog aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling het verlies gecompartmenteerd te worden?⁸³ In laatstgenoemde situatie zou het verlies dat is ontstaan in de periode waarin het belang in dat lichaam meer dan een derde bedraagt, belast aan de risicoreserve moeten worden onttrokken, ofschoon het verlies mogelijk pas tot uitdrukking komt op een moment waarop het belang beneden een derde is gedaald. Tijdens de parlementaire behandeling is geen aandacht besteed aan een sfeerovergang.

In het arrest HR 19 juni 1991, BNB 1991/268, is voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling de compartimenteringopvatting uitgesproken bij verliesneming. De casus was als volgt. Een pakket aandelen werd afgewaardeerd op een moment dat het belang kort daarvoor door verkoop beneden de 5% was gebracht. Het verlies wegens afwaardering was niet aftrekbaar omdat het boekverlies binnen de deelnemingsperiode was ontstaan. De Hoge Raad baseert de compartimentering op de strekking van de deelnemingsvrijstelling, namelijk dat dezelfde winst niet tweemaal in een belastingheffing naar de winst wordt betrokken. In het arrest HR 22 januari 1997, BNB

⁸³ Deze compartimenteringsvraag kan zich ook voordoen bij de realisatie van financieringswinst. Zie § 5.2.2.7

1997/101 acht de Hoge Raad het in overeenstemming met de strekking van de deelnemingsvrijstelling om, indien bepaalde aandelen op enig moment hun status van deelneming verliezen, de nadien behaalde winst te berekenen uitgaande van de waarde van de aandelen op het moment van statuswisseling, en daarbij deze waarde aan te merken als de kostprijs van die aandelen. Voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling volgt uit dit arrest een volledige compartimentering, waarbij geen saldering plaatsvindt van vrijgestelde en niet-vrijgestelde winsten.⁸⁴ In voornoemde arresten is de compartimenteringsgedachte uitsluitend toegepast op koersmutaties. Onduidelijk is in hoeverre dividenduitkeringen gecompartmenteerd moeten worden.

Voorts rijst de vraag of voor de deelnemingsvrijstelling liquidatieverliezen gecompartmenteerd moeten worden. Deze vraag is ook voor de concernfinancieringsregeling relevant, indien de compartimenteringsopvatting op de regeling van art. 15b van toepassing mocht zijn. Voor de deelnemingsvrijstelling zijn Van Sonderen en Van Dijk van mening dat compartimentering van liquidatieverliezen niet mogelijk is. Van Sonderen meent dat compartimentering niet mogelijk is, omdat een liquidatieverlies niet opkomt in een periode, maar uitsluitend op een bepaald moment wordt gerealiseerd.⁸⁵ Van Dijk stelt dat het splitsen van een liquidatieverlies een probleem is omdat de omvang van de mogelijke liquidatie-uitkering ten tijde van iedere sfeerovergang onbekend is.⁸⁶ 'De waarde in het economische verkeer van de deelneming, de waardering op 'going concern'-basis is wel bekend, maar de waardering op liquidatiebasis niet. Het potentieel liquidatieverlies op tijdstippen dat niet feitelijk geliquideerd wordt is derhalve onbepaalbaar en de compartimenteringsgedachte niet toepasbaar.' Ook De Vries en Sillevius huldigen het standpunt dat compartimentering van een liquidatieverlies niet mogelijk is.⁸⁷ Een liquidatieverlies kan volgens hen per definitie maar op één moment naar voren komen, namelijk het moment dat de deelneming wordt ontbonden en vereffend. Dijstelbloem en Hoenjet zijn daarentegen van mening dat de redelijkheid gebiedt ook een liquidatieverlies te compartimenteren.⁸⁸ De gedachte dat een liquidatieverlies niet gesplitst behoeft te worden, lijkt bevestigd te worden door de regeling van art. 13d Wet Vpb. 1969. Daarin is ten aanzien van buitenlandse deelnemingen de eis gesteld dat de belastingplichtige gedurende de vijf aan de staking voorafgaande jaren onafgebroken een belang van ten minste 25% in de buitenlandse deelneming moet bezitten om een liquidatieverlies in aanmerking te mogen nemen. De vijfjaarstermijn heeft de bedoeling om te voorkomen dat in het zicht van liquidatie alsnog aandelen worden bijgekocht om zodoende nog tijdig aan

84 Voor de betekenis die de staatssecretaris geeft aan BNB 1997/101 zie Besluit staatssecretaris van Financiën van 3 december 1999, nr. DB/3318M, BNB 2000/71

85 J.C.M. van Sonderen, De deelnemingsvrijstelling in beweging (2), MBB 1987, blz. 197-203

86 R.T.E. van Dijk, Compartimentering binnen de deelnemingsvrijstelling, MBB 1990, blz. 109-114

87 N.H. de Vries en L.W. Sillevius, Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 2 16 M c 1 (suppl. 288, april 1999).

88 H.G.M. Dijstelbloem en F.M.B.K. Hoenjet, Deelnemingsvrijstelling en belegging, Weekblad 1994, blz. 1014

de 25%-eis te kunnen voldoen.⁸⁹ Deze voorwaarde zou niet noodzakelijk zijn geweest ingeval een liquidatieverlies gecompartmenteerd zou moeten worden. Aangezien de Hoge Raad zich nog niet uitgesproken heeft over een compartimentering van liquidatieverliezen, blijft voor de toepassing van de deelnemingsvrijstelling de omgang met liquidatieverliezen vooralsnog onduidelijk.

Met betrekking tot de vraag of een vermogensverlies voor de toepassing van de financieringsregeling gecompartmenteerd moet worden zou enerzijds het standpunt ingenomen kunnen worden dat ook ten aanzien van de concernfinancieringsregeling de redelijkheid gebiedt de compartimenteringsgedachte toe te passen. De omvang van het verlies dat bij het CFA-lichaam belast aan de risicoreserve wordt onttrokken behoort niet onder invloed te staan van het willekeurige moment waarop het concernlichaam een afwaarderingsverlies tot uitdrukking brengt. Anderzijds zou betoogd kunnen worden dat de wetgever bij invoering van de concernfinancieringsregeling de compartimentering uitdrukkelijk had moeten regelen. Nu de wetgever dit heeft nagelaten, in een overigens uitvoerig en uitputtend behandelde regeling, zou compartimentering achterwege moeten blijven. Voorts pleit voor deze zienswijze dat de compartimentering van vermogensverliezen praktische uitvoeringsproblemen meebrengt. Ten tijde van een sfeerovergang, dat wil zeggen bij toe- of uittreding van een concernlichaam uit het concern, zou het betreffende activum extracomptabel moeten worden gewaardeerd.

Naar mijn mening dient het meest belang te worden gehecht aan het betoog dat indien de wetgever een compartimentering van verliezen zou hebben beoogd, dit uitdrukkelijk door de wetgever geregeld zou moeten zijn. Met name gezien het feit dat voor het overige de faciliteit van art. 15b uitvoerig en uitputtend is geregeld. Voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling dient een verlies te worden beoordeeld op basis van het regime zoals dat ten tijde van realisatie van het verlies van toepassing is. Is op het moment van verliesrealisatie sprake van verbondenheid, dan moet het verlies aan de risicoreserve worden onttrokken. De compartimenteringsarresten ter zake van de deelnemingsvrijstelling dienen naar mijn mening niet geprojecteerd te worden op de behandeling van verliezen voor toepassing van de financieringsregeling.⁹⁰

89. TK, vergaderjaar 1989-1990, 19 968, nr. 13, Tweede nota van wijziging, blz. 13

90. Dezelfde conclusie is getrokken ten aanzien van de compartimentering van financieringswinsten. Zie § 5.2.2.7

6 2 2 11 Overgangsregeling

Krachtens art 15b, vierde lid, Wet Vpb 1969, leidt een verlies ter zake van een in het eerste lid omschreven risico tot een belaste afname van de risicoreserve. Liquidatieverliezen en buitenlandse vaste inrichtungsverliezen behoeven ingevolge de tweede volzin van het vierde lid niet ten laste van de risicoreserve te worden gebracht, mits

- a de verliezen zich voordoen gedurende de eerste vijf jaar nadat voor de eerste maal aan de reserve is gedoteerd,⁹¹ en
- b het daarbij gaat om verliezen die betrekking hebben op voor die periode reeds gehouden deelnemingen of reeds gedreven ondernemingen met behulp van een buitenlandse vaste inrichting

In voorwaarde VI 3 van de modelbeschikking is bepaald dat onder jaren in dit verband boekjaren moeten worden verstaan. Volgens art 15b, vierde lid, Wet Vpb 1969, vangt de termijn aan in het jaar dat het CFA-lichaam voor de eerste maal ten laste van de winst aan de reserve heeft gedoteerd. Voorwaarde VI 3 laat daarentegen de termijn beginnen op het moment dat voor het eerst een risicoreserve gevormd kan worden. Dit onderscheid is slechts van belang in de situaties dat na afgifte van de beschikking niet onmiddellijk een risicoreserve wordt gevormd. Gezien de duidelijke bewoording van de wettekst, geniet een uitleg volgens de woorden van de wet de voorkeur.

Een compartimentering van het verlies als gevolg van de invoering van art 15b, is ingevolge de overgangsregeling niet noodzakelijk. Voornoemde verliezen worden geacht uit een periode te stammen voordat de reserve kon worden gevormd. Voor deze verliezen kon niet worden gereserveerd.⁹² De overgangsregeling geldt niet voorzover het liquidatieverlies betrekking heeft op een kapitaalstorting op c q additionele verwerving van aandelen in een deelneming gedurende de vijfjaarsperiode. Ter voorkoming van misbruik kan een concern slechts gebruik maken van de overgangsregeling bij de eerste maal dat binnen concern een risicoreserve wordt gevormd. Is de reserve op enig moment beëindigd, dan zal voor een tweede keer geen gebruik kunnen worden gemaakt van de overgangsregeling.

Voorbeeld

CFA lichaam X doteert in 1997 voor de eerste maal aan de risicoreserve. Concernlichaam Y lijdt in 2001 een liquidatieverlies van 250 op deelneming Z. De helft van het aandelenbezit in Z is in 1989 gekocht voor 50. De andere helft is in 1998 verkregen voor een bedrag van 200. Ingevolge de overgangsregeling behoeft ter zake van het liquidatieverlies een bedrag van 50

⁹¹ Ingevolge voorwaarde VI 3 van de modelbeschikking start de vijfjaarstermijn het eerste boekjaar waarin een risicoreserve kan worden gevormd. Zie § 3.4.10.3.

⁹² TK vergaderjaar 1995-1996 24 696 nr. 6. Nota van wijziging blz. 10.

niet aan de risicoreserve onttrokken te worden. Een bedrag van 200 wordt aan de reserve onttrokken en aan de winst toegevoegd van X.

Dat liquidatieverliezen worden geacht te stammen uit een periode waarin nog geen risicoreserve is gevormd, is alleszins begrijpelijk. Een liquidatieverlies wordt immers gedurende een langere periode opgebouwd. Dat de overgangperiode van vijf jaar ook van toepassing is op vaste inrichtingsverliezen ligt minder voor de hand.⁹³ Het is namelijk weinig aannemelijk dat vaste inrichtingsverliezen betrekking hebben op een voorafgaande periode van enige jaren.

6.2.3 Vrijwillige beëindiging reserve

Art. 15b, zesde lid, Wet Vpb. 1969, regelt de vrijwillige beëindiging van de risicoreserve. Op verzoek van de belastingplichtige kan de gehele reserve in gelijke delen aan de winst van een jaar en de daaropvolgende vier jaren worden toegevoegd.⁹⁴ Een gedeeltelijke opheffing van de risicoreserve is niet mogelijk. De aan de winst toegevoegde jaarmoten worden, in afwijking van art. 22 Wet Vpb. 1969, belast tegen een tarief van 10%.⁹⁵ Voor een afwikkeling tegen 10% moet de belastingplichtige gedurende de vijfjaarsperiode blijven voldoen aan de in art. 15b, eerste lid, en door de inspecteur gestelde voorwaarden. In de vijfjaarsperiode kunnen geen dotaties aan de risicoreserve plaatsvinden. Gedurende de vrijwillige afbouwperiode geschieden de belaste en onbelaste onttrekkingen aan de reserve op normale wijze.

Ingevolge de parlementaire toelichting wordt met de afbouwregeling enerzijds een betalingsregeling aangeboden aan het concern en anderzijds oneigenlijk gebruik voorkomen. 'Een lichaam zou immers zonder de vijfjaarstermijn aan de vooravond van zetelverplaatsing of het niet langer voldoen aan de voorwaarden vrijwillig over de reserve kunnen afrekenen tegen het tarief van 10% om hiermee de verplichte afrekening tegen 35% te voorkomen.'⁹⁶ Zonder de vijfjaarstermijn zou een lichaam probleemloos naar een ander land met een vanaf enig moment gunstigere regeling

93. Pas in de nota van wijziging is toegevoegd dat de overgangperiode van vijf jaar ook toegepast wordt voor vaste inrichtingsverliezen. Zie TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 3 en 10.

94. Voorwaarde V 13 van de modelbeschikking bepaalt het volgende 'indien de belastingplichtige het verzoek tot vrijwillige opheffing bij haar, tijdig ingediende, aangifte voegt, wordt de reserve reeds voor één vijfde gedeelte aan de winst toegevoegd in het boekjaar waarop de aangifte betrekking heeft' Zie § 3.4.9 13.

95. Indien de reserve vrijwillig wordt beëindigd bedraagt het tarief voor zowel de concernfinancieringswinst als de opbrengst van de overnamekas in totaliteit nominaal 15%, te weten 35% van 20, plus 10% van 80. Het effectieve tarief van 15% is – wellicht niet geheel toevallig – gelijk aan het percentage dat in een wetsvoorstel uit 1993 is genoemd als afbakening van een tax haven. Een tax haven is in het Voorontwerp van wet evenwichtige behandeling internationale fiscale verhoudingen, gedefinieerd als een mogelijkheid waar een winstbelasting wordt geheven van in beginnel minder dan 15% (V-N 1993, blz 2432)

96. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 35.

kunnen vertrekken. Het aantrekken van ‘eendagsvliegen’ is iets wat met de concern-financieringsregeling niet is nagestreefd. Voorts speelt de vijfjaarstermijn, als element van structurele vestiging in Nederland, een rol bij de internationale aanvaardbaarheid van de regeling.⁹⁷

6.2.3.1 Voorwaarden gedurende vijfjaars periode

Voor een afwikkeling tegen 10% stelt het zesde lid als voorwaarde dat in het jaar waarin een jaarmoot wordt toegevoegd aan de winst, de belastingplichtige voldoet aan de in het eerste lid en de door de inspecteur gestelde voorwaarden.

6.2.3.1.1 Voorwaarden eerste lid

De in het eerste lid gestelde voorwaarden luiden als volgt:

- a. het lichaam maakt deel uit van een internationaal werkzaam concern,
- b. het verricht uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten,
- c. ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten.⁹⁸

De vraag rijst of deze cumulatieve voorwaarden continu worden getoetst of dat het toereikend is dat op enig moment in een boekjaar aan deze voorwaarden is voldaan. Is bijvoorbeeld voldaan aan voorwaarde a als het CFA-lichaam gedurende één maand deel uitmaakt van een internationaal concern? Naar mijn mening betreft voorwaarde a een continu-toets, dat wil zeggen dat het CFA-lichaam gedurende het gehele boekjaar deel moet uitmaken van een internationaal werkzaam concern. Aan voorwaarde b is voldaan als het CFA-lichaam in een boekjaar (marginale) financieringsactiviteiten verricht, en in hetzelfde boekjaar geen financieringsactiviteiten zijn ontplooid vanuit een buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam. Aan voorwaarde c is voldaan als het CFA-lichaam in een boekjaar de financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van concernlichamen gevestigd dan wel gelegen in vier landen of twee continenten.

In de volgende gevallen is niet langer voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid:

- het CFA-lichaam maakt op enig moment gedurende de vijfjaarsperiode niet langer deel uit van een internationaal werkzaam concern,
- het CFA-lichaam verricht in enig boekjaar geheel geen financieringsactiviteiten;⁹⁹ aan de omvang van de financieringsactiviteiten worden geen eisen gesteld. Een

97. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 19.

98. Zie § 2.4.7 en § 2.4.8.

99. Van deze situatie moet onderscheiden worden het geval dat geen financieringswinst wordt genoten als gevolg van bijvoorbeeld te hoge kosten, of de situatie dat geen financieringswinst kan worden gedoteerd omdat niet aan de inkomstentoets is voldaan. In deze situaties kan wel aan de voorwaarden van het →

marginale financiering is voldoende om aan de voorwaarden van het eerste lid te blijven voldoen,¹⁰⁰

- de concernfinancieringsactiviteiten worden op enig moment gedurende de vijfjaarsperiode verricht vanuit een buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam,
- het CFA-lichaam verricht in enig boekjaar financieringsactiviteiten ten behoeve van onvoldoende concernlichamen.

Doet één van voornoemde situaties zich voor dan is een afbouw tegen het 10%-tarief niet langer mogelijk. Het niet voldoen aan de vermogens- of inkomstennorm leidt niet tot verplichte beëindiging van de risicoreserve.¹⁰¹ De vermogens- en inkomstentoets zijn immers geen voorwaarden van art. 15b, eerste lid, Wet Vpb. 1969. Bovendien is de sanctie op overschrijding van de vermogensnorm of het niet voldoen aan de inkomstennorm uitdrukkelijk en uitputtend geregeld in het derde lid.

6.2.3.1.2 Voorwaarden inspecteur

In het kader van de concernfinancieringsregeling kan de inspecteur voorwaarden stellen.¹⁰² In de modelbeschikking is het uitgangspunt geschetst van de voorwaarden die de inspecteur kan stellen. In het individuele geval kunnen de voorwaarden nader worden toegespijst. Voldoet de belastingplichtige gedurende de vijfjaarsperiode niet langer aan enige voorwaarde welke door de inspecteur binnen de grenzen van het achtste lid is gesteld,¹⁰³ dan is een afbouw tegen 10% niet meer mogelijk.

Strikt genomen biedt de wettekst de ruimte aan de inspecteur om gedurende de vijfjaarsperiode de voorwaarden aan te passen. Indien buiten de vijfjaarsperiode de inspecteur de voorwaarden wijzigt zonder dat het feitencomplex relevant is gewijzigd, dan behoeft de belastingplichtige ingevolge het negende lid de gewijzigde voorwaarden niet te aanvaarden. In het negende lid is bepaald dat in die situatie in afwijking van het zevende lid de risicoreserve niet aan de winst behoeft te worden toegevoegd, zolang belastingplichtige blijft voldoen aan de voordien geldende voor-

eerste lid zijn voldaan. Een toevoeging van de jaarmoten aan de winst tegen een tarief van 10% blijft in deze situaties mogelijk.

100. Zie ook TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 19. 'Hierbij moet worden bedacht dat een concern in de periode na het besluit om de risicoreserve op te heffen, ook de financieringsactiviteiten kan verminderen waardoor de te behalen concernfinancieringswinst eveneens zal afnemen. Een dergelijke inkrimping van activiteiten heeft niet tot gevolg dat niet meer aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan. Er worden immers noch eisen gesteld aan de omvang van het vermogen dat wordt aangewend voor de financieringsactiviteiten noch aan de omvang van de met dit vermogen te behalen winst.'

101. Anders M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 52.

102. Zie § 3.4.

103. Indien de belastingplichtige bijvoorbeeld nalaat relevante wijzigingen in het feitencomplex te melden, is niet langer voldaan aan de door de inspecteur gestelde voorwaarden, en is art. 15b, zevende lid, Wet Vpb. 1969 van toepassing. Zie § 3.4.6.1.

waarden. In de situatie dat gedurende de vijfjaarsperiode de voorwaarden worden gewijzigd lijkt eveneens, in afwijking van het zesde lid, het negende lid toepassing te vinden.

Uit de antwoorden van de staatssecretaris op vragen van Tweede-Kamerleden blijkt dat op basis van art. 15b, achtste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969, naast voorwaarde V van de modelbeschikking nog substance-eisen worden gesteld aan het CFA-lichaam.¹⁰⁴ Het CFA-lichaam dient te beschikken over gekwalificeerd personeel met zelfstandige beslissingsbevoegdheid, en bovendien moet het CFA-lichaam een centrale spil zijn voor de financieringsactiviteiten van het concern als geheel. Het CFA-lichaam moet gedurende de vijfjaarsperiode blijven voldoen aan de door de inspecteur gestelde voorwaarden. Indien dit betekent dat ook aan deze substancevoorwaarden moet worden blijven voldaan zal, afgezien van de vraag of deze voorwaarden rehtens gesteld kunnen worden,¹⁰⁵ de flexibiliteit van een internationaal opererend concern ten aanzien van de concernfinancieringsactiviteiten gedurende deze vijfjaarsperiode beperkt zijn.¹⁰⁶ Het CFA-lichaam wordt namelijk geacht gedurende de vijfjaarsperiode de centrale spil voor de concernfinancieringsactiviteiten te blijven, terwijl de opbrengst ter zake van deze activiteiten niet meer aan de risicoreserve gedoteerd kan worden.¹⁰⁷ De financieringsactiviteiten kunnen pas na afloop van de vijfjaarsperiode worden voortgezet door een ander, in Nederland of het buitenland gevestigd concernlichaam. Overdracht van de financieringsactiviteiten binnen de vijfjaarsperiode leidt tot een aanvullende belastingheffing van 25%.¹⁰⁸

6.2.3.1.3 Ophouden in Nederland belastbare winst te genieten

In het zesde lid is voor een afbouw tegen het 10%-tarief niet de voorwaarde gesteld dat het CFA-lichaam gedurende de vijfjaarsperiode in Nederland belastbare winst moet genieten. Ingevolge het zevende lid wordt de risicoreserve verplicht aan de winst toegevoegd, indien het CFA-lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. Voorzover in de voorgaande vier jaren toevoegingen aan de winst hebben plaats gevonden tegen een tarief van 10%, wordt alsdan de belasting verhoogd met een bedrag gelijk aan 25% van die toevoeging. Het gevolg van het niet langer belast-

104. Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op vragen van leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997.

105. Zie ook § 2.3.7 en mijn artikel, Substancevoorwaarden concernfinancieringsmaatschappij, Weekblad 1997, blz. 1129-1135.

106. Zie ook Commentaar van 24 mei 1996 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan de leden van de Vaste Commissie voor Financien van de Tweede Kamer der Staten-Generaal met betrekking tot wetsvoorstel nr. 24 696, Weekblad 1996, blz. 919.

107. Het CFA-lichaam zou wellicht gedurende de vijfjaarsperiode een nieuwe risicoreserve kunnen vormen waaraan gedoteerd kan worden. Ofschoon de wettekst hieraan niet in de weg staat, lijkt een nieuwe reserve gedurende de vijfjaarsperiode echter niet in overeenstemming met de strekking van de regeling.

108. Indien de substancevoorwaarden niet rehtens kunnen worden gesteld, kan reeds gedurende de vijfjaarsperiode een nieuwe risicoreserve worden gevormd door een ander concernlichaam.

bare winst genieten in Nederland is mitsdien gelijk aan het gevolg van het niet meer voldoen aan de in het eerste lid en de door de inspecteur gestelde voorwaarden.¹⁰⁹

6.2.3.2 *Niet voldoen aan voorwaarden*

Indien het CFA-lichaam op enig moment buiten de vijfjaarsperiode niet aan één van de in het eerste lid of door de inspecteur gestelde voorwaarden voldoet of ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, dient de risicoreserve ingevolge art. 15b, zevende lid, aan de normaal belaste winst te worden toegevoegd. Zodra in enig jaar gedurende de vijfjaars afbouwperiode niet aan één van deze voorwaarden is voldaan of niet langer in Nederland belastbare winst wordt genoten, bedraagt de belasting over de toevoeging aan de jaarwinst in dat betreffende jaar geen 10%, maar het reguliere tarief van 35%. De tweede volzin van het zevende lid bepaalt bovendien dat de belasting over de jaarlijkse termijnen die al tegen 10% zijn afgerekend, alsnog wordt verhoogd met 25% van die termijnen zodat uiteindelijk over de gehele reserve 35% belasting wordt geheven. Deze aanvullende belasting wordt binnen de vijfjaarsperiode geheven in het jaar waarin niet aan één van de in het eerste lid of door de inspecteur gestelde voorwaarden is voldaan.¹¹⁰ De bijheffing vindt dus niet plaats in de voorgaande jaren.

6.2.3.3 *Tijdstip toevoeging aan winst*

Gedurende de vijfjaarsperiode wordt jaarlijks een vijfde deel van de risicoreserve aan de winst toegevoegd. Onduidelijk is per wanneer de jaarlijkse toevoeging dient plaats te vinden, per het begin of het einde van het boekjaar. Het tijdstip van toevoeging is relevant in de situatie dat in enig jaar een samenloop optreedt met een onttrekking aan de reserve ingevolge het vierde of vijfde lid. Noch de wettekst, noch de wetsgeschiedenis biedt enige duidelijkheid. Enerzijds zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het tijdstip waarop ingevolge het zevende lid de reserve aan de winst wordt toegevoegd, te weten het begin van het jaar. In geval van een belaste onttrekking in het betreffende jaar werkt een toevoeging per het begin van een jaar in het voordeel van de belastingplichtige, bij een onbelaste onttrekking in het nadeel. De redactie van de Vakstudie pleit voor deze zienswijze.¹¹¹ Anderzijds kan worden betoogd dat de afbouwperiode slechts vier jaar duurt ingeval per het begin van het jaar de toevoegingen aan de winst zouden plaatsvinden. In de tweede volzin van het zesde lid is uitdrukkelijk bepaald dat onttrekkingen aan de reserve ingevolge het

109. De in het zesde lid opgenomen zinsnede 'mits de belastingplichtige in het desbetreffende jaar voldoet aan de in het eerste lid en door de inspecteur gestelde voorwaarden' is overbodig. In de tweede volzin van het zevende lid is op toereikende wijze de aanvullende heffing van 25% geregeld.

110. Zie ook J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 594.

111. Redactie Vakstudie, Vennootschapsbelasting, art. 15b, aantekening 80 (suppl. 402, november 1996).

vierde of vijfde lid gedurende een afbouwperiode van vijf jaren moeten plaatsvinden. In het vijfde afbouwjaar kan een onttrekking slechts plaatsvinden ingeval de restant reserve per het einde van het boekjaar aan de winst wordt toegevoegd. Het meest pleitbaar is mitsdien een toevoeging aan de winst per het einde van elk boekjaar.¹¹²

6.2.3.4 *Onttrekkingen gedurende vijftaarsperiode*

Ingeval zich gedurende de vijftaarsperiode een situatie voordoet als bedoeld in het vierde of vijfde lid, vinden belaste respectievelijk onbelaste afboekingen van de reserve plaats en wordt het eventuele bedrag van de reserve na die afboekingen in gelijke delen toegevoegd aan de winst van de resterende jaren. Laatstgenoemde toevoeging is uiteraard ook belast tegen het tarief van 10%.

Voorbeeld

CFA-lichaam X heeft in 1998 verzocht de risicoreserve ten bedrage van 250 in vijf gelijke delen aan de winst toe te voegen. Gedurende de jaren 1998 tot en met 2002 dient jaarlijks een bedrag van 50 aan de winst te worden toegevoegd, hetgeen wordt belast tegen een tarief van 10%. In mei 1999 is een bedrag van 20 onbelast aan de reserve onttrokken. De risicoreserve per eind 1999 bedraagt 180. In de periode 1999 tot en met 2002 dient jaarlijks 45 aan de winst te worden toegevoegd tegen een tarief van 10%. In juli 2002 lijdt het CFA-lichaam een liquidatieverlies op een deelneming van 80. Begin 2002 bedraagt de stand van de risicoreserve 45. In juli 2002 wordt ingevolge het vierde lid een bedrag van 45 aan de winst toegevoegd en belast tegen het reguliere tarief van 35%. Ultimo 2002 is de stand van de risicoreserve nihil, en kan geen bedrag meer op grond van het zesde lid worden toegevoegd aan de winst.

Indien gedurende de vrijwillige afbouwperiode een deelneming wordt verworven ter zake waarvan een onbelast afname van de risicoreserve plaatsvindt, rijst de vraag op welke wijze het vervreemdingsverbod van vijf jaar ten aanzien van deze deelneming moet worden uitgelegd.¹¹³ Leidt een vervreemding binnen vijf jaar nog tot herstel van de risicoreserve? Tijdens de parlementaire behandeling is deze vraag niet aan de orde geweest. Voor het antwoord op de vraag dient een tweetal situaties te worden onderscheiden. Ten eerste het geval dat de vervreemding geschiedt voordat de vrijwillige afbouwperiode is beëindigd. Alsdan dient volgens voorwaarde V.10 de risicoreserve te worden hersteld met het destijds onbelast onttrokken bedrag. Het bedrag van de risicoreserve na deze toevoeging, wordt in gelijke delen toegevoegd aan de winst van de resterende jaren en belast tegen een tarief van 10%. Indien herstel van de reserve plaatsvindt, is voldaan aan de door de inspecteur gestelde voorwaarden. De tweede situatie die wordt onderscheiden is die waarbij de vervreemding van de

¹¹² Zie ook J.N. Bouwman, De nieuwe financiële risicoreserve in de vennootschapsbelasting, *Forfaitair*, april 1997, blz. 8, en M.L.B. van der Lande, *Risicoreserve*, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 48.

¹¹³ Zie § 6.3.2.6.

deelneming plaatsvindt nadat de vrijwillige afbouwperiode is beëindigd. De risicoreserve is ten tijde van de vervreemding geheel afgebouwd. Herstel van de risicoreserve lijkt na de vrijwillige afbouwperiode dan ook niet mogelijk.

6 2 3 5 *Toevoeging maximaal het belastbaar bedrag*

Ingeval in enig jaar gedurende de vijfjaarsperiode het belastbaar bedrag lager is dan het bedrag van de toevoeging, wordt in het desbetreffende jaar slechts het belastbaar bedrag aan de winst toegevoegd. Dit maximum komt aan de orde indien voor het overige verliezen zijn geleden. De strekking van dit maximum is blijkbaar dat het niet de bedoeling is dat aan de ene kant toevoegingen aan de winst plaatsvinden, terwijl aan de andere kant verliezen worden geleden die nog niet zijn verrekend. Het voor het overige geleden verlies wordt verrekend met de toevoeging welke normaliter tegen een tarief van 10% zou worden belast. Het verlies is nu slechts aftrekbaar naar een tarief van 10%.

Lijdt het CFA-lichaam een verlies ter zake waarvan ingevolge het vierde lid ten laste van de risicoreserve een bedrag aan de winst wordt toegevoegd, dan blijft het belastbaar bedrag per saldo gelijk. Tegenover het verlies staat een toevoeging uit de risicoreserve aan de winst. Daar uit de wettekst niet blijkt, zoals wel is opgenomen in de derde volzin van het derde lid, dat een onttrekking aan de risicoreserve buiten beschouwing moeten worden gelaten, behoort een toevoeging aan de winst gewoon tot het belastbaar bedrag.

Indien een ander concernlichaam een verlies lijdt ter zake waarvan bij het CFA-lichaam een bedrag belast aan de risicoreserve wordt onttrokken, dan neemt het belastbaar bedrag toe met het bedrag van de onttrekking. Bij het CFA-lichaam staat tegenover de onttrekking geen verlies. In deze situatie wordt de toevoeging aan de winst tegen 10% niet beperkt door een lager belastbaar bedrag. Daarentegen is de toevoeging per het einde van het betreffende jaar wel beperkt door de afname van de risicoreserve als gevolg van het door het andere concernlichaam geleden verlies.

Voorbeeld.

CFA-lichaam X heeft in 1998 verzocht de risicoreserve ten bedrage van 250 in vijf gelijke delen aan de winst toe te voegen. X voegt in 1999 een bedrag van 50 toe aan de winst. X lijdt in 1999 een verlies uit ondernemingsactiviteit van 30. In 1999 bedraagt de toevoeging aan de winst geen 50, doch slechts 20. Laatstgenoemd bedrag is belast tegen een tarief van 10%.

Indien X in 1999 een liquidatieverlies op een deelneming lijdt van 20, wordt een bedrag van 20 aan de risicoreserve onttrokken. Ultimo 1999 bedraagt de restantreserve 180. Deze reserve wordt in een periode van vier jaar in gelijke delen aan de

winst toegevoegd. In 1999 bedraagt de toevoeging aan de winst 45. Deze toevoeging wordt niet beperkt door een lager belastbaar bedrag. Het belastbaar bedrag van X bedraagt in dat jaar immers 45.¹¹⁴

6.2.3.6 Samenloop met zevende lid

De tweede volzin van het zevende lid bepaalt dat voorzover in de voorgaande vier jaren op de voet van het zesde lid toevoegingen aan de winst hebben plaatsgevonden, de belasting wordt verhoogd met een bedrag gelijk aan 25% van die toevoegingen. Deze aanvullende belasting wordt geheven in het boekjaar waarin niet langer aan de in het eerste lid of de door de inspecteur gestelde voorwaarden is voldaan, of in het boekjaar waarin het CFA-lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. De vraag rijst of deze bijheffing ook plaatsvindt als in het verleden door geleden verliezen niet daadwerkelijk tegen een tarief van 10% is afgerekend. Strikt genomen staat de wettekst een bijheffing toe ongeacht of in voorgaande jaren daadwerkelijk belasting is geheven tegen een tarief van 10%. Voor een bijheffing van 25% eist de tweede volzin van het zevende lid in een voorgaand jaar slechts een toevoeging aan de winst ingevolge het zesde lid. De strekking van het zesde en zevende lid lijkt evenwel slechts een aanvullende heffing toe te staan, voorzover in het verleden daadwerkelijk is afgerekend tegen een tarief van 10%. Immers, de voor het overige geleden verliezen als gevolg waarvan geen effectieve afrekening tegen 10% plaatsvindt, zouden normaliter in het betreffende jaar aftrekbaar zijn geweest tegen het normale tarief. Door een toevoeging aan de winst ingevolge het zesde lid, is het geleden verlies slechts aftrekbaar geweest tegen 10%. Nu de heffing over de toevoeging geen 10% maar 35% had moeten bedragen, blijkt het geleden verlies niet aftrekbaar te zijn geweest tegen 10% maar tegen het tarief van 35%. Laatstgenoemd tarief zou normaliter ook van toepassing zijn geweest op het geleden verlies. Voorzover de vrijwillige toevoeging aan de winst 'verrekend' is met een verlies uit overige activiteiten, lijkt mitsdien een bijheffing van 25% overbodig. Slechts voorzover de toevoeging daadwerkelijk heeft geleid tot een afrekening tegen 10%, dient in een later jaar 25% belasting te worden bijgeheven.¹¹⁵

114 – liquidatieverlies deelneming	-/- 20
– onttrekking aan risicoreserve ingevolge vierde lid	20
– toevoeging aan winst ingevolge zesde lid	45
	—
belastbaar bedrag	45

115 Zie ook M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale Brochures, FED Deventer, 1997, blz. 57

6.2.4 Verplichte beëindiging reserve

Ingevolge het zevende lid wordt de risicoreserve bij het begin van het jaar aan de winst toegevoegd indien:

- a. het CFA-lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, dan wel
- b. het CFA-lichaam niet langer voldoet aan de voorwaarden van het eerste lid of de door de inspecteur gestelde voorwaarden.

Deze verplichte toevoeging aan de winst is belast tegen het normale tarief. In het kader van een vrijwillige beëindiging van de risicoreserve ingevolge het zesde lid, zijn voornoemde gelegenheden eveneens genoemd. Wordt gedurende de vrijwillige afbouwperiode van vijf jaren niet voldaan aan de in het eerste lid of door de inspecteur gestelde voorwaarden, of houdt het CFA-lichaam op in Nederland belastbare winst te genieten, dan zal in plaats van tegen 10%, afgerekend moeten worden tegen een tarief van 35%. In de tweede volzin van het zevende lid is namelijk bepaald dat in een dergelijke situatie 25% wordt bijgeheven voorzover in voorgaande jaren de reserve reeds vrijwillig is afgebouwd tegen een tarief van 10%.¹¹⁶

Indien het CFA-lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, is veelal niet langer voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid. Daar er situaties denkbaar zijn dat een CFA-lichaam opgehouden is in Nederland belastbare winst te genieten, maar toch gedurende een (korte) periode aan de voorwaarden van het eerste lid blijft voldoen, zijn beide omstandigheden afzonderlijk genoemd. Een onderscheid tussen beide omstandigheden is van belang voor de bepaling van het tijdstip waarop de risicoreserve aan de winst wordt toegevoegd.

Voorbeeld:

In de maanden januari tot en met november van het 2000 verricht het CFA-lichaam uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten ten behoeve van vijf concernlichamen. In december 2000 wordt de zetel van CFA-lichaam verplaatst naar het buitenland. In december 2000 verricht het CFA-lichaam geen financieringsactiviteiten. In het jaar 2000 is voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid. Pas in het jaar 2001 zal niet langer aan de voorwaarden van het eerste lid zijn voldaan. Nu het CFA-lichaam in december 2000 ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, dient de risicoreserve bij het begin van het jaar 2000 aan de winst te worden toegevoegd. Gedurende het jaar 2000 kan geen onttrekking aan de risicoreserve plaatsvinden.

¹¹⁶. Zie § 6.2.3.6.

6.2.4.1 *Ophouden in Nederland belastbare winst te genieten*

Volgens de wetgever houdt het CFA-lichaam op in Nederland belastbare winst te genieten in geval van liquidatie en bij zetelverplaatsing van het lichaam naar een land waarmee Nederland een belastingverdrag heeft gesloten.¹¹⁷ Dat in geval van liquidatie het CFA-lichaam ophoudt belastbare winst te genieten spreekt voor zich. Minder duidelijk is evenwel of zetelverplaatsing leidt tot het ophouden in Nederland belastbare winst te genieten. De terminologie van art. 15b, zevende lid, is vrijwel gelijklopend aan die van art. 16 Wet IB 1964. In laatstgenoemd artikel is bepaald dat een vennootschap die 'ophoudt uit de onderneming in Nederland belastbare winst te genieten' dient af te rekenen over de fiscale en stille reserves. In het kader van art. 16 Wet IB 1964 is reeds uitvoerig de vraag aan de orde geweest of en in hoeverre een verplaatsing van de zetel of de onderneming tot afrekening leidt.¹¹⁸ Hierna wordt een onderscheid gemaakt tussen een viertal situaties:

- a. een naar Nederlands of vreemd recht opgericht lichaam verplaatst de feitelijke leiding naar het buitenland, terwijl een vaste inrichting achterblijft in Nederland,
- b. een naar Nederlands recht opgericht lichaam verplaatst de feitelijke leiding en de gehele onderneming naar het buitenland,
- c. een in Nederland gevestigd lichaam verplaatst de gehele onderneming naar het buitenland, terwijl de feitelijke leiding in Nederland blijft,
- d. beëindiging buitenlandse belastingplicht.

6.2.4.1.1 Feitelijke leiding naar buitenland, vaste inrichting in Nederland

Indien het CFA-lichaam, opgericht naar Nederlands of vreemd recht, de feitelijke leiding naar het buitenland verplaatst, terwijl een vaste inrichting achterblijft in Nederland, houdt het CFA-lichaam niet op in Nederland belastbare winst te genieten.¹¹⁹ De risicoreserve behoeft om die reden niet te worden beëindigd. Wel dienen de concernfinancieringsactiviteiten uitsluitend vanuit de achtergebleven vaste inrichting te worden verricht. Indien de financieringsactiviteiten behalve vanuit de vaste inrichting ook vanuit het buitenlandse hoofdhuis worden verricht, is niet langer voldaan aan de voorwaarde van het eerste lid dat de financieringsactiviteiten uitsluitend vanuit Nederland moeten worden verricht. Over de risicoreserve dient alsdan te worden afgerekend.

¹¹⁷ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 35.

Ook in geval van een juridische fusie kan een lichaam ophouden in Nederland belastbare winst te genieten

¹¹⁸ Uitgebreid beschreven in o.a. M. van Dun, *Fiscale aspecten van aandelenvennootschappen met een dubbele vestigingsplaats*, Fiscale monografie nr. 81, Kluwer Deventer, 1997, blz. 29-55, en J.W. Beltingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut, deel 54, Kluwer Deventer, 1996, blz. 237-255.

¹¹⁹ De staatssecretaris gebiedt een partiële eindafrekening ex art. 16 Wet IB 1964 indien bij een zetelverplaatsing een gedeelte van de onderneming in Nederland achterblijft. Zie Mededeling staatssecretaris van Financien, 22 januari 1996, nr. DG096-0691, BNB 1996/120.

6.2.4.1.2 Feitelijke leiding en gehele onderneming naar buitenland

De vraag welke uitvoerig in de literatuur is bediscussieerd, is of een eindafrekening dient plaats te vinden in de situatie dat een naar Nederlands recht opgericht lichaam de feitelijke leiding en haar gehele onderneming verplaatst naar het buitenland. Ingevolge art. 2, vierde lid, Wet Vpb 1969, wordt een naar Nederlands recht opgericht lichaam, ongeacht waar de werkelijke leiding zich bevindt, immers steeds geacht in Nederland te zijn gevestigd. Elk naar Nederlands recht opgericht lichaam is binnenlands belastingplichtig en blijft in Nederland belastbare winst genieten. Immers, de belastbare winst van een (fictief) in Nederland gevestigd lichaam omvat alle wereldwijd genoten winst. Weliswaar kan zo'n lichaam op grond van het Besluit of een verdrag in aanmerking komen voor een belastingvermindering, maar de wereldwijd genoten winst behoort tot de in Nederland belastbare winst. De vraag is mitsdien of een eindafrekening kan plaatsvinden in de situatie dat de wereldwijd genoten winst wel in Nederland belastbaar is, maar niet feitelijk in de Nederlandse belastingheffing wordt betrokken. In het kader van art. 8 Wet Vpb 1969 juncto art. 16 Wet IB 1964 heeft de Hoge Raad in HR 27 april 1994, BNB 1994/208 geoordeeld dat in een verdragssituatie art. 2, vierde lid, moet wijken voor het bepaalde in het verdrag. Een verplaatsing van de werkelijke leiding naar het buitenland brengt, zonder achterlating van een vaste inrichting in Nederland, mede dat opgehouden wordt in Nederland belastbare winst te genieten. Art. 2, vierde lid, Wet Vpb 1969 kan wijken voor de toepassing van een belastingverdrag. De verplaatsing van een naar Nederlands recht opgericht CFA-lichaam naar een verdragsland, kan mitsdien tot verplichte opheffing van de risicoreserve leiden. Bij het ophouden in Nederland belastbare winst te genieten dienen ingevolge art. 16 Wet IB 1964 de fiscale reserves te worden gerekend tot de winst van het laatste jaar waarover in Nederland belastbare winst wordt genoten.

Het arrest HR 27 april 1994, BNB 1994/208 lijkt in de lijn te liggen van HR 13 november 1991, BNB 1992/58 en BNB 1992/59. In laatstgenoemde arresten heeft de Hoge Raad in het kader van de deelnemingsvrijstelling bepaald dat van 'in Nederland belastbare winst' geen sprake is indien en voorzover de winst op basis van een belastingverdrag of het Besluit niet daadwerkelijk in Nederland wordt belast.¹²⁰ Is ingevolge een verdrag alle winst toegewezen aan een ander land, dan is volgens deze opvatting het lichaam opgehouden in Nederland belastbare winst te genieten. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de Hoge Raad deze beslissing nadrukkelijk op de strekking van art. 13, eerste lid, Wet Vpb. 1969, heeft gebaseerd, en dat het derhalve de vraag is in hoeverre dit arrest ook betekenis heeft voor art. 16 Wet IB 1964.

Overigens zal bij verplaatsing van de gehele onderneming naar het buitenland, ook de financieringsactiviteit in Nederland worden beëindigd. Indien vanuit Nederland geheel geen concernfinancieringsactiviteiten worden verricht, is niet voldaan aan de

120 Zie § 5.2.2.2

voorwaarden van het eerste lid, en dient de risicoreserve reeds om die reden te worden opgeheven.

6.2.4.1.3 Feitelijke leiding in Nederland, gehele onderneming naar buitenland

Blijft de feitelijke leiding van een lichaam in Nederland gevestigd, terwijl de gehele onderneming naar het buitenland wordt verplaatst, dan blijft het lichaam binnenlands belastingplichtig. Daar in Nederland geen ondernemingsactiviteit plaatsvindt, zal de winst op basis van een belastingverdrag niet daadwerkelijk in Nederland worden belast. De vraag komt op of in deze situatie het lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. De Hoge Raad heeft zich over deze situatie nog niet uitgelaten. Bellingwout is van mening dat afrekening op basis van art. 16 Wet IB 1964 in deze situatie achterwege moet blijven.¹²¹ Als gevolg van de zelfstandigheidsfictie zijn de naar het buitenland overgebrachte activa en passiva op de openingsbalans van de buitenlandse vaste inrichting gewaardeerd op de werkelijke waarde.¹²² Voor de berekening van de generale winst wordt de oude, lagere boekwaarde gehanteerd. Een hogere afschrijving leidt tot een lagere buitenlandse vaste inrichtingswinst en tot een lagere aftrek ter voorkoming van dubbele belasting. De in de activa en passiva begrepen stille reserves vallen buiten de vrij te stellen winst, en worden op deze wijze in Nederland belast.

Bij verplaatsing van de gehele onderneming, inclusief de concernfinancieringsactiviteiten, naar het buitenland, is niet meer voldaan aan de voorwaarde van het eerste lid dat de financieringsactiviteiten vanuit Nederland moeten worden verricht. De risicoreserve dient om die reden in ieder geval aan de winst te worden toegevoegd bij het begin van het jaar waarin niet langer is voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid.

6.2.4.1.4 Beëindiging buitenlandse belastingplicht

Ook een vaste inrichting van een in het buitenland gevestigd lichaam kan een risicoreserve vormen. Bij beëindiging van de buitenlandse belastingplicht, houdt het lichaam op in Nederland belastbare winst te genieten. De risicoreserve dient verplicht te worden opgeheven. Ook indien het lichaam buitenlands belastingplichtig blijft, zal bij beëindiging van de financieringsactiviteiten in de vaste inrichting, de risicoreserve moeten worden beëindigd. In dit laatste geval is namelijk niet langer voldaan de voorwaarden van het eerste lid.

121 J.W. Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut, deel 54, Kluwer Deventer, 1996, blz. 245-249.

122 Zie ook § 4.2.7.2.

6.2.4.1.5 Samenloop met art. 16 Wet IB 1964

Zowel ingevolge art. 16 Wet IB 1964 als volgens art. 15b, zevende lid, Wet Vpb. 1969, dient de risicoreserve aan de winst te worden toegevoegd indien het CFA-lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten. De vraag rijst wat de verhouding is tussen art. 16 Wet IB 1964 en art. 15b, zevende lid. Art. 16 bevat een meer algemene regel, geldend voor alle lichamen die ophouden in Nederland belastbare winst te genieten. Art. 15b, zevende lid, heeft een karakter van een *lex specialis* ten opzichte van art. 16, en is van toepassing op CFA-lichamen die ophouden in Nederland belastbare winst te genieten.¹²³

Ingevolge art. 16 Wet IB 1964 dient een fiscale reserve te worden gerekend tot de winst van het laatste jaar waarover in Nederland belastbare winst wordt genoten. Art. 15b, zevende lid, bepaalt dat de risicoreserve vrijvalt bij het begin van het laatste jaar waarover in Nederland belastbare winst wordt genoten. Als gevolg daarvan zal gedurende dat laatste jaar geen onttrekking aan de risicoreserve meer kunnen plaatsvinden. De reden om in dit opzicht van art. 16 af te wijken is mij niet duidelijk.

6.2.4.2 Voorwaarden eerste lid en voorwaarden inspecteur

De in het eerste lid gestelde voorwaarden luiden als volgt:

- a. het lichaam maakt deel uit van een internationaal werkzaam concern,
- b. het verricht uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten,
- c. ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier mogendheden dan wel op twee continenten.¹²⁴

Aan de laatste twee voorwaarden is reeds voldaan indien het CFA-lichaam marginale financieringsactiviteiten blijft verrichten ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd in ten minste vier landen of op twee continenten. Aan de omvang van de financieringsactiviteiten worden geen eisen gesteld.¹²⁵ De vermogens- en inkomstentoets zijn geen voorwaarden van het eerste lid.

In de volgende gevallen is niet langer voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid:

- het CFA-lichaam maakt op enig moment in een boekjaar niet langer deel uit van een internationaal werkzaam concern;
- het CFA-lichaam verricht in enig boekjaar geheel geen financieringsactiviteiten;
- de concernfinancieringsactiviteiten worden op enig moment in een boekjaar verricht vanuit een buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam;

123. Zie ook J W Bellingwout, *Zetelverplaatsing van rechtspersonen*, Serie monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut, deel 54, Kluwer Deventer, 1996, blz. 259

124. Zie ook § 6.2.3 I 1.

125. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 19

- het CFA-lichaam verricht in enig boekjaar financieringsactiviteiten ten behoeve van onvoldoende concernlichamen.

Wordt niet voldaan aan enige voorwaarde welke door de inspecteur binnen de grenzen van het achtste lid is gesteld, dan wordt de gehele risicoreserve aan de winst toegevoegd.¹²⁶ De inspecteur zal op basis van het achtste lid tevens zogenaamde substance-eisen stellen aan het CFA-lichaam.¹²⁷ Het CFA-lichaam dient te beschikken over gekwalificeerd personeel met zelfstandige beslissingsbevoegdheid, en bovendien moet het CFA-lichaam een centrale spil zijn voor de financieringsactiviteiten van het concern als geheel. Voldoet het CFA-lichaam niet langer aan haar centrale spilfunctie, dan dient de gehele risicoreserve aan de normaal belaste winst van het CFA-lichaam te worden toegevoegd. Indien en voorzover de substancevoorwaarden niet rechtens kunnen worden gesteld,¹²⁸ leidt het niet voldoen aan deze voorwaarden niet tot een verplichte beëindiging van de risicoreserve.

6.2.4.3 Tijdstip toevoeging aan winst

De gehele risicoreserve wordt per het begin van het boekjaar waarin niet langer aan de voorwaarden is voldaan, aan de winst toegevoegd. Verricht het CFA-lichaam in het begin van enig boekjaar nog financieringsactiviteiten ten behoeve van voldoende concernlichamen, dan is in dat boekjaar voldaan aan die betreffende voorwaarde van het eerste lid. Worden nadien geen financieringsactiviteiten meer verricht, dan zal eerst bij het begin van het daaropvolgende boekjaar de risicoreserve aan de winst worden toegevoegd. Maakt het CFA-lichaam in de loop van het boekjaar evenwel geen deel meer uit van een internationaal werkzaam concern, of worden de concernfinancieringsactiviteiten deels vanuit een buitenlandse vaste inrichting verricht, dan dient de risicoreserve wel bij het begin van het betreffende boekjaar aan de winst te worden toegevoegd. Gedurende het boekjaar kunnen alsdan geen bedragen meer aan de risicoreserve onttrokken worden.

Ten aanzien van een verworven deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken, geldt een vervreemdingsverbod van vijf jaar.¹²⁹ Indien na de verplichte beëindiging van de risicoreserve, doch binnen de vijfjaarsperiode, de deelneming wordt vervreemd, rijst de vraag op welke wijze de overtreding van het vervreemdingsverbod gesanctioneerd moet worden. De risicoreserve is ten tijde van de vervreemding reeds geheel aan de winst toegevoegd. Het voormalige CFA-lichaam kwalificeert niet meer als zodanig. De voorwaarden van art. 15b, eer-

126. Uitgebreider zie § 6.2.3.1.2

127. Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op vragen van leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997.

128. Zie § 2.3.6 en mijn artikel, Substancevoorwaarden concernfinancieringsmaatschappij, Weekblad 1997, blz. 1129-1135.

129. Zie § 6.3.2.6

ste lid, en de door de inspecteur gestelde voorwaarden zijn niet meer van toepassing. Herstel van de risicoreserve lijkt na een verplichte beëindiging van de risicoreserve dan ook niet mogelijk.

6.2.4.4 *Niet voldoen gewijzigde voorwaarden inspecteur*

De inspecteur kan in ieder geval na een periode van tien jaar de door hem gestelde voorwaarden aanpassen. Zijn de feiten niet relevant gewijzigd, dan behoeft de belastingplichtige ingevolge het negende lid de gewijzigde voorwaarden niet te aanvaarden.¹³⁰ In afwijking van het zevende lid behoeft de risicoreserve niet aan de winst te worden toegevoegd zolang belastingplichtige blijft voldoen aan de voorwaarden die van toepassing waren totdat deze werden gewijzigd. Toevoegingen aan de reserve zijn niet meer mogelijk. Belaste onttrekkingen blijven verplicht, onbelaste onttrekkingen blijven mogelijk.

6.2.5 Volgorde onttrekkingen

Een dotatie aan de risicoreserve wordt geacht per het begin van het boekjaar te hebben plaatsgevonden. Ingevolge de parlementaire toelichting en voorwaarde V.4 van de modelbeschikking geschieden belaste en onbelaste onttrekkingen in chronologische volgorde.¹³¹ Een verlies uit vaste inrichting wordt geacht op het einde van het boekjaar te zijn gerealiseerd. Een belaste onttrekking dienaangaande vindt derhalve per het einde van het boekjaar plaats.

Biedt de risicoreserve op enig tijdstip in een boekjaar geen ruimte meer voor een onttrekking, dan kan bijvoorbeeld een liquidatieverlies niet meer ten laste van de reserve aan de winst worden toegevoegd. Tegenover het aftrekbare liquidatieverlies staat alsdan geen belaste onttrekking. Een dergelijk effect kan worden bewerkstelligd door het tijdstip van liquidatie uit te stellen tot het moment waarop de risicoreserve nihil bedraagt. In voorwaarde VI.2 van de modelbeschikking is het een en ander opgemerkt over manipulatie met liquidatieverliezen.¹³²

Manipulatie van de omvang van de risicoreserve tracht de wetgever eveneens te voorkomen door allerlei voorwaarden te stellen aan een onbelaste afname van de reserve. Indien op elk willekeurig moment de risicoreserve onbelast tot nihil kan worden teruggebracht door te investeren in een deelneming, zal nimmer een belaste onttrekking aan de reserve behoeven plaats te vinden. Eén van de voorwaarden is het vervreemdingsverbod van de aandelen in de deelneming gedurende een periode van

130. Zie § 3.4.5.

131. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 13.

132. Zie § 3.4.10.2.

vijf jaar. Daar een vervreemding binnen vijf jaar pas leidt tot herstel van de risicoreserve in het jaar van vervreemding, is manipulatie in het investeringsjaar niet uit te sluiten. Een andere voorwaarde welke misbruik beoogt tegen te gaan, is dat de investering moet leiden tot een wezenlijke uitbreiding van de concernactiviteiten ten einde ter zake van de investering een bedrag onbelast aan de risicoreserve te kunnen onttrekken.

6.3 ONBELASTE ONTTREKKING

6.3.1 Inleiding

In geval van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming, kan ingevolge art. 15b, vijfde lid, 50% van het geïnvesteerde bedrag ten laste van de risicoreserve worden gebracht zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt. Een dergelijke onbelaste onttrekking is, in tegenstelling tot de belaste onttrekkingen, niet verplicht. Een onbelaste afname vloeit volgens de Raad van State niet zonder meer voort uit de aard van het risico waarvoor de reserve wordt gevormd.¹³³ De staatssecretaris kan zich tot op zekere hoogte vinden in de opvatting van de Raad. Hij acht het echter redelijk de mogelijkheid te bieden een toekomstig liquidatieverlies fiscaal bezien (deels) in de tijd naar voren te halen door reeds bij de verwerving van de deelneming 50% van het opgeofferd bedrag aan de risicoreserve te onttrekken onder gelijktijdige afboeking van het opgeofferd bedrag.¹³⁴ Mocht evenwel de deelneming niet worden geliquideerd, maar bijvoorbeeld na vijf jaar worden vervreemd aan een derde, dan heeft het opgeofferd bedrag van de deelneming geen betekenis. Een terugname van de onbelaste afname vindt slechts plaats bij een vervreemding binnen vijf jaar na de investering in de deelneming. Een onbelaste onttrekking aan de risicoreserve zal in het algemeen door belastingplichtigen als profijtelijk worden ervaren.

Een gevolg van de mogelijkheid van een onbelaste afname is dat de concernfinancieringsregeling een absorberende werking kent ten gunste van het Nederlandse deel van het concern. Immers, om een belaste afname van de risicoreserve te vermijden, dient de omvang van de risicoreserve beperkt te zijn. Zodra enige verliezen binnen concern worden geleden dient de omvang van de reserve idealiter nihil te zijn. Een beperkte reserve kan worden gerealiseerd door te investeren in deelnemingen. Als gevolg van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming neemt de risicoreserve onbelast af. Aangezien de investeringen een Nederlands concernlichaam moeten aangaan, zal de houdster- en financieringsfunctie van het Nederlandse deel van het concern steeds omvangrijker worden. De regeling is een stimulans om de concernfinancieringsfunctie te combineren met de functie van houdstermaat-

133. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en Nader rapport, blz. 11.

134. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en Nader rapport, blz. 12.

schappij. Faber noemt dit het zuigende effect van de regeling, hetgeen volgens hem zal bijdragen aan een grotere basis in Nederland.¹³⁵

Is de risicoreserve ontoereikend, dan kan ter zake van de verwerving van een deelneming geen bedrag onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. Een inhaalonttrekking in een later jaar is niet mogelijk.¹³⁶ Hierbij dient opgemerkt te worden dat in een boekjaar de toevoegingen aan de risicoreserve voorafgaan aan de onttrekkingen van de reserve. Een onbelaste onttrekking aan de risicoreserve kan dus plaatsvinden ten laste van een gedeelte van de risicoreserve dat in hetzelfde jaar aan de reserve is gedoteerd.

Bedragen kunnen voor 100% aan de risicoreserve worden onttrokken voorzover deze betrekking hebben op:

- a. kapitaalstortingen in verband met aansprakelijkstellingen van het concern voorzover het concernlichaam dat aansprakelijk is gesteld deze niet zelf kan dragen,
- b. de kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming aan wier activiteiten of geografische ligging naar het oordeel van de Minister van Financiën bijzondere risico's zijn verbonden.

Deze mogelijkheden komen aan bod in § 6.3.3.

6.3.2 Investerings in deelneming

Ingevolge art. 15b, vijfde lid, worden de volgende voorwaarden gesteld aan een onbelaste onttrekking:

- a. Het betreft een directe of indirecte kapitaalstorting of verwerving van aandelen,
- b. door een Nederlands concernlichaam,
- c. in een deelneming,
- d. gefinancierd uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam,
- e. onder gelijktijdige afboeking van het opgeofferd bedrag van de deelneming.

Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat behalve deze wettelijke voorwaarden in het kader van art. 15b, achtste lid, onderdeel a, nog een tweetal voorwaarden wordt gesteld.¹³⁷ In de modelbeschikking zijn deze twee voorwaarden opgenomen, te weten:

- f. de deelneming dient ten minste vijf jaar te worden aangehouden,
- g. de investering in de deelneming dient te leiden tot een uitbreiding of verbetering van de operationele activiteiten van het concern, dan wel tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen.

¹³⁵ S E Faber, Fiscale infrastructuur, Gouda Quint Deventer, 1997, blz. 67.

¹³⁶ TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 32. De staatssecretaris ziet geen aanleiding om een regeling te treffen voor de gevallen waarin onbelast aan de risicoreserve mag worden onttrokken, maar dit door de stand van de reserve niet kan worden gerealiseerd.

¹³⁷ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 36.

Is aan deze zeven voorwaarden voldaan, dan is sprake van een kwalificerende kapitaalstorting of verwerving van aandelen. Ter zake van een kwalificerende investering kan een bedrag onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken.

6.3.2.1 *Directe of indirecte kapitaalstorting of verwerving van aandelen*

Volgens art. 15b, vijfde lid, Wet Vpb. 1969, dient het CFA-lichaam direct of indirect bij de kapitaalstorting of verwerving betrokken te zijn. Een voorbeeld van directe betrokkenheid is de situatie dat het CFA-lichaam een kapitaalstorting verricht in een buitenlandse deelneming die daarmee een reële investering pleegt of een buitenlandse deelneming verwerft. Als voorbeeld van indirecte betrokkenheid schetst de staatssecretaris de situatie waarbij een in Nederland gevestigde houdstermaatschappij, niet zijnde het CFA-lichaam, een deelneming verwerft. In dat geval kan de reserve alleen afnemen indien en voorzover aan het CFA-lichaam kapitaal is onttrokken voor de financiering van de deelneming.¹³⁸ Een dergelijke kapitaalonttrekking vindt bijvoorbeeld plaats in de situatie dat het CFA-lichaam dividend uitkeert aan de moedermaatschappij die een deelneming verwerft dan wel dat de moedermaatschappij het ontvangen dividend doorgeeft, in de vorm van kapitaal of dividend, aan een houdstermaatschappij die de deelneming verwerft.¹³⁹

Indien een kapitaalstorting plaatsvindt in een in Nederland gevestigde deelneming, is in beginsel kapitaalsbelasting verschuldigd.¹⁴⁰ Keert een in Nederland gevestigd lichaam dividend uit, dan is in beginsel dividendbelasting verschuldigd. Vindt een kapitaalstorting plaats in, of een dividenduitkering aan of door een buitenlandse vennootschap, dan kunnen aspecten van buitenlandse belastingheffing een rol spelen.

6.3.2.1.1 *Kostprijs van te verwerven deelneming*

Bij de verwerving van een deelneming kunnen in het algemeen alle bedragen die tot de te activeren kostprijs van de deelneming behoren, voor de helft in mindering worden gebracht op de risicoreserve. Hierbij kan onder meer worden gedacht aan aankoop- en bemiddelingskosten. Indien kort na de verwerving van de deelneming dividend uit vóór de aankoop behaalde winst wordt uitgekeerd, dient de moedermaatschappij op grond van het goed koopmansgebruik het dividend op de kostprijs van de deelneming in mindering te brengen.¹⁴¹ Voorzover de kostprijs wordt verminderd dient de onbelaste afname van de risicoreserve voor de helft ongedaan worden gemaakt. De risicoreserve wordt hersteld met het bedrag gelijk aan de helft van het meegekochte dividend. Een correctie in het jaar van investering ligt het meest

138. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en Nader rapport, blz. 12

139. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 34.

140. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 20.

Zie § 7.3

141. HR 5 december 1984, BNB 1986/351

voor de hand. Om praktische redenen kan aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in voorwaarde V.10 van de modelbeschikking. De risicoreserve wordt alsdan gecorrigeerd in het jaar van de dividenduitkering.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X verwerft in jaar 1 een deelneming met een kostprijs van 100. Ter zake van deze verwerving kan een bedrag van 50 onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. Het opgeofferd bedrag is ingevolge art. 15b, vijfde lid, gesteld op 50. In jaar 2 wordt een dividend uitgekeerd uit de meegekochte reserves van 40. Goed koopmansgebruik gebiedt dat de dividenduitkering op de kostprijs van 100 wordt afgeboekt. Dit betekent dat slechts een bedrag van 30 onbelast aan de risicoreserve onttrokken had kunnen worden. In jaar 2 vindt herstel plaats van de risicoreserve met een bedrag van 20. Het opgeofferd bedrag van de deelneming bedraagt alsdan 70. De genoten dividenduitkering behoort niet tot de concernfinancieringswinst.

6.3.2.1.2 Informele kapitaalstorting

De vraag rijst of onder het begrip kapitaalstorting ook de informele kapitaalstortingen zijn begrepen. Wanneer bijvoorbeeld het CFA-lichaam zonder zakelijk motief bepaalde kosten niet doorberekend aan de dochtermaatschappij, kan sprake zijn van een bevoordeling die als informele kapitaalstorting wordt aangemerkt. Ingevolge een Mededeling van de staatssecretaris dient het informeel kapitaal te worden gerekend tot het op de aandelen gestort kapitaal.¹⁴² Ter zake van een informele kapitaalstorting lijkt derhalve, mits aan alle overige voorwaarden is voldaan,¹⁴³ een bedrag onbelast aan de risicoreserve onttrokken te kunnen worden. Hierbij is onder meer de vraag van belang of in geval van een informele kapitaalstorting sprake is van een wezenlijke investering in de deelneming.¹⁴⁴ Ingeval ten titel van geldlening verstrekt vermogen als informele kapitaal wordt aangemerkt,¹⁴⁵ zal veelal sprake zijn van een wezenlijke uitbreiding. Meer twijfels zullen rijzen in de situatie dat een bevoordeling in de kostensfeer plaatsvindt. Enerzijds kan worden betoogd dat aangezien de bevoordeelde dochtermaatschappij kosten in mindering kan brengen op haar fiscale winst,¹⁴⁶ zonder dat zij die kosten in feite heeft gedragen, er sprake is van een reële investering. De beschikbare middelen van de dochter nemen immers toe. Anderzijds

142. Mededeling staatssecretaris van Financiën, 25 februari 1995, nr. DB95/796M, V-N 1995, blz. 1025.

143. Eén van de voorwaarden is dat het lichaam waarin op informele wijze kapitaal wordt gestort, na de investering aangemerkt moet kunnen worden als deelneming (zie § 6.3.2.3). Aangezien een informele kapitaalstorting geen invloed heeft op het voor de deelnemingsvrijstelling van belang zijnde, nominaal gestort kapitaal van de dochtermaatschappij, kan een storting van informeel kapitaal op een aandelenpakket van minder dan 5%, niet leiden tot overschrijding van de deelnemingsgrens van 5%.

144. Zie § 6.3.2.7.

145. HR 27 januari 1988, BNB 1988/217. Uitgebreid zie § 2.4.3.5.

146. HR 31 mei 1978, BNB 1978/252.

lijkt een dergelijke bevoordeling niet te voldoen aan voorwaarde V 7 van de modelbeschikking. De bevoordeling lijkt namelijk niet te leiden tot een uitbreiding of verbetering van de operationele activiteiten van het concern, dan wel tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen.

6.3.2.1.3 Indirecte investering in een deelneming

Het onderscheid tussen een directe of indirecte investering is onder meer van belang voor de bepaling van welke deelneming het opgeofferd bedrag wordt afgeboekt. Is sprake van een directe investering in een deelneming, dan gaat het belang bij die deelneming het CFA-lichaam aan. Het opgeofferd bedrag van de deelneming wordt verminderd met het bedrag van de investering. Bij een indirecte investering kwalificeert niet de investering door het CFA-lichaam voor een onbelaste afname van de reserve, maar de investering door een ander concernlichaam (de tussenhoudster of moedermaatschappij).¹⁴⁷ Laatstgenoemde investering kwalificeert bijvoorbeeld vanwege de wezenlijke uitbreiding die als gevolg van deze investering plaatsvindt.¹⁴⁸

De vraag is wanneer sprake is van een indirecte kapitaalstorting of verwerving. Dient de kwalificerende investering direct plaats te vinden na de onttrekking aan het vermogen van CFA-lichaam, of is een tijdsspanne tussen beide momenten ook mogelijk voor een onbelaste afname? Wordt bijvoorbeeld in jaar 1 een dividend uitgekeerd door het CFA-lichaam, gevolgd door een kapitaalstorting van de moedermaatschappij in jaar 2, mag dan vanwege de indirecte kapitaalstorting alsnog een bedrag aan de risicoreserve worden onttrokken? Wellicht kan voor de beantwoording van deze causaliteitsvraag aansluiting worden gezocht bij het bepaalde in art. 10a, tweede lid. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat de beoordeling van het verband tussen een geldlening en de in art. 10a, tweede lid genoemde rechtshandelingen, plaatsvindt aan de hand van de feiten en omstandigheden. Het is niet noodzakelijk dat de geldlening gelijktijdig met of vóór de rechtshandeling is aangegaan. Gesteld is dat in het in de praktijk zo zal zijn dat naarmate het tijdsverloop tussen het aangaan van de geldlening en de andere rechtshandeling groter is, causaliteit minder snel zal worden aangenomen.¹⁴⁹ Wordt deze uitleg doorgetrokken naar de causaliteitsvraag tussen de onttrekking aan het vermogen van het CFA-lichaam en de investering in de deelneming, dan betekent dit dat een tijdsspanne tussen beide momenten niet bezwaarlijk hoeft te zijn voor een onbelaste afname van de risicoreserve. Hierbij dient evenwel bedacht te worden dat art. 10a een anti-misbruikbepaling is, terwijl de onbelaste afnamemogelijkheid van art. 15b, vijfde lid, een begunstigingsbepaling inhoudt. De verschillende aard van beide bepalingen zou kunnen betekenen dat de ruime causaliteitsgedachte van art. 10a niet gevolgd hoeft te worden voor art. 15b. Voorwaarde V 9 van de modelbeschikking lijkt dan ook een

¹⁴⁷ Zie ook voorwaarde V 8 van de modelbeschikking.

¹⁴⁸ Zie § 6.3.2.5.

¹⁴⁹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 18.

enger verband voor te staan tussen de afname van het financieringsvermogen en de investering. Voorwaarde V.9 spreekt immers van een 'directe' doorstorting van kapitaal. Het gebruik van de term 'direct' impliceert dat de risicoreserve slechts onbelast kan afnemen ingeval het tijdsverloop tussen de onttrekking aan het financieringsvermogen en de investering in de deelneming beperkt is. Aangezien voorwaarde V.9 verlangt dat de investering in de deelneming direct na de onttrekking aan het financieringsvermogen plaatsvindt, zal de belastingplichtige in de praktijk weinig problemen ondervinden om het causale verband tussen beide handelingen aannemelijk te maken.¹⁵⁰

6.3.2.1.4 Lening kwalificeert niet

Op basis van art. 15b, vijfde lid, Wet Vpb. 1969, kan slechts ter zake van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen een bedrag onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. Voor een onbelaste onttrekking dient derhalve eigen vermogen verschaft te worden. Ofschoon tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat een kapitaalverstrekking er toe leidt dat het rendement op het verstrekte kapitaal uit de winst van het CFA-lichaam verdwijnt,¹⁵¹ ziet de staatssecretaris geen aanleiding de eis van de kapitaalverstrekking te laten vervallen.¹⁵²

De vraag rijst of ter zake van een indirecte investering in een deelneming de financiering van het concernlichaam (de tussenhoudster of moedermaatschappij) met een lening kan geschieden. Art. 15b, vijfde lid, stelt strikt genomen slechts de voorwaarde dat de kwalificerende investering in de deelneming door middel van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen moet plaatsvinden. Ingevolge voorwaarde V.8 en V.9 van de modelbeschikking dient bij een indirecte investering het daarmee gemoeide bedrag door middel van een dividenduitkering dan wel kapitaalstorting uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam aan het concernlichaam dat de kwalificerende kapitaalstorting verricht (de tussenhoudster of moedermaatschappij), ter beschikking te worden gesteld. Van der Lande is van mening dat de beperking welke deze voorwaarden opleggen aan de wijze van financiering binnen het concern, niet is terug te voeren op de tekst van art. 15b, vijfde lid. Het vijfde lid bepaalt slechts op welke wijze de kwalificerende investering gefinancierd moet worden, maar zegt niets over de wijze van financiering van het concernlichaam (de tussenhoudster of moedermaatschappij). Evenmin valt deze beperking binnen het kader van het achtste lid.¹⁵³

150 In de praktijk kan bijvoorbeeld een verband gelegd worden tussen een dividenduitkering en kapitaalstorting, door in het besluit tot dividenduitkering op te nemen dat de uitkering geschiedt ten behoeve van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen door de moedermaatschappij.

151. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 7, Nader verslag, blz. 17.

152. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 27 en 28.

153 M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 54.

Tijdens de mondelinge behandeling in de Tweede Kamer is nogmaals de vraag gesteld waarom ter zake van een leningverstrekking geen onbelaste afboeking van de risicoreserve is toegestaan.¹⁵⁴ De staatssecretaris heeft daarop geantwoord dat een afboeking op de reserve alleen kan plaatsvinden in het geval er sprake is van een definitieve uitbreidingsinvestering. Het verstrekken van een lening heeft niet als achtergrond te voorzien in de definitieve vermogensbehoefte. Daarnaast zou volgens de staatssecretaris het afboeken van een lening op de risicoreserve repercussies kunnen hebben vanuit het buitenland. Wordt namelijk een lening verstrekt aan een buitenlandse tussenhouderster ter verwerving van een deelneming, dan zal de tussenhouderster de rente ten laste van de winst in het andere land brengen. In Nederland behoort de rente tot de concernfinancieringswinst en mag worden toegevoegd aan de risicoreserve. Hiervan zou volgens de staatssecretaris een maximale stimulans uitgaan om de financiering in het buitenland zoveel mogelijk te verrichten met vreemd vermogen.¹⁵⁵

Nu de bewoording van het vijfde lid in dit opzicht niet duidelijk is, lijkt er ruimte te zijn om naar de bedoeling van de wetgever te kijken. Uiteraard kan de bedoeling van de wetgever, welke tot uitdrukking komt in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, niet in strijd zijn met de woorden van de wettekst. Het vijfde lid geeft geen uitsluitel over de mogelijkheid om een verstrekte lening aan een concernlichaam (de tussenhouderster of moedermaatschappij) af te boeken op de risicoreserve. Uit de parlementaire behandeling blijkt dat de bedoeling van de wetgever is dat eigen vermogen ter beschikking wordt gesteld. Deze uitleg is niet in strijd met de tekst van het vijfde lid. Verstrekt het CFA-lichaam in plaats van eigen vermogen een lening aan een concernlichaam (de tussenhouderster of moedermaatschappij), dan lijkt mitsdien geen bedrag onbelast aan de risicoreserve onttrokken te kunnen worden.¹⁵⁶ Mogelijk kan de leningverstrekking worden aangemerkt als financieringsactiviteit in de zin van het eerste lid. De winst behaald met de verstrekte lening kan alsdan aan de risicoreserve worden gedoteerd.¹⁵⁷

154. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, Mondelinge behandeling 10 oktober 1996, blz. 11-688

155. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, Mondelinge behandeling 10 oktober 1996, blz. 11-696

156. Wordt de lening aangemerkt als een informele kapitaalstorting, dan lijkt wel een bedrag onbelast aan de risicoreserve onttrokken te kunnen worden.

157. Staat het CFA-lichaam voor de keuze eigen of vreemd vermogen te verstrekken aan een concernlichaam, en wordt een optimale benutting van de risicoreserve nagestreefd, dan is, afgezien van overige onttrekkingen en dotaties, de optimale mix afhankelijk van het rentepercentage dat berekend wordt op de verstrekte lening. Voorbeeld: CFA-lichaam X verstrekt een lening van 100 aan concernlichaam Y. Mits aan alle voorwaarden is voldaan kan de ontvangen rente van 5 voor 80% aan de risicoreserve worden gedoteerd. Ondanks dat de rentebate pas op het einde van het boekjaar kan worden vastgesteld, geschiedt de dotatie van 4 reeds per het begin van het boekjaar. Kort na het begin van het boekjaar kan het CFA-lichaam het bedrag van 4 onbelast aan de risicoreserve onttrekken door een kapitaalstorting te verrichten van 4 in Y. Geabstraheerd van overige onttrekkingen en dotaties bedraagt de financieringsverhouding in de geschatte situatie 1:25

Voorwaarde V 8 van de modelbeschikking biedt een uitzondering op de regel dat een leningverstrekking niet onbelast op de risicoreserve in mindering kan worden gebracht. Indien een tussenhouderster is opgenomen in een fiscale eenheid waarvan ook het CFA-lichaam deel uitmaakt, kan de leningverstrekking door het CFA-lichaam onder bepaalde voorwaarden toch leiden tot een onbelaste onttrekking aan de risicoreserve.¹⁵⁸

6.3.2.1.5 Verschillende investeringssituaties

De volgende zeven investeringssituaties kunnen ruwweg worden onderscheiden

- a Directe kwalificerende kapitaalstorting in deelneming door CFA-lichaam,
De kapitaalstorting kan worden gevolgd door bijvoorbeeld een investering in een bedrijfsmiddel of de verwerving van aandelen in een deelneming
- b Directe verwerving van aandelen in deelneming door CFA-lichaam,
- c Indirecte kwalificerende kapitaalstorting in deelneming door tussenhouderster, voorafgegaan door kapitaalstorting van CFA-lichaam in tussenhouderster,
De tweede kapitaalstorting voldoet aan de voorwaarden van het vijfde lid en van de inspecteur. Deze kapitaalstorting leidt bijvoorbeeld tot een wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern. De tussenhouderster dient het opgeofferd bedrag van de deelneming te verminderen met het bedrag van de onbelaste afname van de risicoreserve.¹⁵⁹ Uiteraard kunnen meer dan twee opeenvolgende kapitaalstortingen worden verricht
- d Indirecte verwerving van aandelen in deelneming door tussenhouderster, voorafgegaan door kapitaalstorting van CFA-lichaam in tussenhouderster,
Leidt de verwerving van aandelen in een deelneming tot een wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten van de tussenhouderster, dan kwalificeert reeds de kapitaalstorting van het CFA-lichaam voor een onbelaste afname. Dit betekent dat bijvoorbeeld in de situatie dat het CFA-lichaam kapitaal stort in een buitenlandse tussenhouderster ter verwerving van een buitenlandse deelneming, een onbelaste afname van de risicoreserve kan plaatsvinden. Het belang bij de deelneming waarin de kwalificerende investering wordt verricht, gaat immers het in Nederland gevestigde CFA-lichaam aan.¹⁶⁰
- e Indirecte kapitaalstorting in deelneming door moedermaatschappij, voorafgegaan door dividenduitkering van CFA-lichaam aan moeder,
Een variant hierop is dat de moedermaatschappij kapitaal stort in een Nederlandse tussenhouderster, die op haar beurt een kwalificerende kapitaalstorting verricht in een deelneming. Het belang bij de deelneming waarin de kwalificerende investering is verricht, gaat een in Nederland gevestigd lichaam aan
- f Indirecte verwerving van aandelen in deelneming door moedermaatschappij, voorafgegaan door dividenduitkering van CFA-lichaam aan moeder,

¹⁵⁸ Zie § 7.2.8.2

¹⁵⁹ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696 nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 37, en zie § 6.3.2.5

¹⁶⁰ Zie § 6.3.2.2

- g. Kapitaalstorting of verwerving van aandelen door tussenhouder, voorafgegaan door leningverstrekking van CFA-lichaam aan tussenhouder binnen fiscale eenheid.¹⁶¹

6.3.2.2 *Belang bij Nederlands concernlichaam*

Volgens de tekst van art. 15b, vijfde lid, dient het belang bij de deelneming een hier te lande gevestigd tot het concern behorend lichaam aan te gaan. Behalve het CFA-lichaam mag het belang ook een ander Nederlands concernlichaam aangaan,¹⁶² mits de investering door dit andere lichaam is gefinancierd uit het vermogen van het CFA-lichaam. Hierbij kan gedacht worden aan de situatie waarbij het CFA-lichaam dividend uitkeert aan de in Nederland gevestigde moedermaatschappij die kapitaal stort in een deelneming. De kwalificerende kapitaalstorting is verricht door de in Nederland gevestigde moedermaatschappij.

De reden van de voorwaarde dat het belang een Nederlands concernlichaam moet aangaan is erin gelegen dat de onbelaste afnamemogelijkheid als het ware vooruitloopt op een afwaarderingsverlies ex art. 13ca of een liquidatieverlies ex art. 13d Wet Vpb. 1969. Indien buitenlandse concernlichamen dergelijke verliezen lijden, zijn deze niet aftrekbaar in Nederland. Aangezien de risicoreserve niet wordt gevormd voor buitenlandse verliezen, is er ook geen reden een onbelaste afnamemogelijkheid toe te staan ingeval het belang een buitenlands concernlichaam aangaat.

Tijdens de parlementaire behandeling is als voorbeeld aangedragen de situatie dat het CFA-lichaam een kapitaalstorting verricht in een buitenlandse tussenhouder om deze in staat te stellen een buitenlandse deelneming te verwerven.¹⁶³ Dit voorbeeld roept de vraag op of het belang bij de deelneming direct een Nederlands concernlichaam moet aangaan. Daniels leidt uit het voorbeeld af dat het belang bij de deelneming waarin de investering plaatsvindt, niet direct een Nederlands concernlichaam behoeft aan te gaan.¹⁶⁴ Dit voorbeeld uit de parlementaire behandeling is volgens Daniels dan ook in strijd met de wettekst. Art. 15b, vijfde lid, lijkt immers te bepalen dat de investering in een deelneming direct een Nederlands concernlichaam moet aangaan. Indien het vijfde lid op deze wijze wordt uitgelegd, behoeft naar mijn mening echter geen strijd met het voorbeeld uit de parlementaire toelichting op te treden. Immers, de kapitaalstorting door het CFA-lichaam in de buitenlandse tussen-

161. Zie § 7.2.8.2

162. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 34.

Is het CFA-lichaam op indirecte wijze betrokken bij de investering in een deelneming, dan is vereist dat de investering geschiedt door een in Nederland gevestigd concernlichaam. Een investering door een lichaam dat kwalificeert als deelneming is niet toereikend, verbondenheid in de zin van art. 10a, vierde lid, Wet Vpb. 1969, is vereist.

163. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 27.

164. A.H.M. Daniels, Concernfinanciering, TFO 1997, blz. 59.

houdster wordt gebruikt voor de verwerving van de buitenlandse deelneming, hetgeen op het niveau van de buitenlandse tussenhoudster tot een uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern leidt. De kwalificerende kapitaalstorting is verricht door het CFA-lichaam. Het belang bij de buitenlandse tussenhoudster gaat het in Nederland gevestigde CFA-lichaam direct aan. Ter zake van de kapitaalstorting in de buitenlandse tussenhoudster kan een bedrag onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken.

Evenals de tekst van art. 15b, vijfde lid, Wet Vpb. 1969, lijkt ook voorwaarde V.8 van de modelbeschikking ervan uit te gaan dat het belang bij de deelneming een in Nederland gevestigd concernlichaam moet aangaan. Voorwaarde V.8 bepaalt immers dat een indirecte investering tot een onbelaste afname van de risicoreserve leidt, indien de verwerving van de deelneming of de kapitaalstorting is verricht door een in Nederland gevestigd concernlichaam.

Voorwaarde V.9 van de modelbeschikking bepaalt dat een onbelaste afname zich voor kan doen in de situatie dat een CFA-lichaam kapitaal stort in een verbonden lichaam waarna dit verbonden lichaam de gelden direct als kapitaal stort in een ander verbonden lichaam dat met de gelden de aandelen in een deelneming verwerft. In tegenstelling tot voorwaarde V.8 stelt voorwaarde V.9 geen eis aan de vestigingsplaats van het lichaam dat de kwalificerende kapitaalstorting verricht. Daar art. 15b, vijfde lid, en voorwaarde V.8 weinig ruimte voor twijfel laten, lijkt het lichaam dat de kwalificerende kapitaalstorting verricht, dat wil zeggen de kapitaalstorting ter zake waarvan een wezenlijke uitbreiding plaatsvindt, een in Nederland gevestigd concernlichaam te moeten betreffen.¹⁶⁵

Volgens het vijfde lid dient het belang bij de deelneming een in Nederland gevestigd lichaam aan te gaan. Strikt genomen zou in de situatie dat de investering is verricht door een Nederlandse vaste inrichting geen bedrag onbelast aan de risicoreserve onttrokken kunnen worden. Het belang gaat dan immers geen in Nederland gevestigd lichaam aan. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat ook een buitendislands belastingplichtig lichaam een risicoreserve kan vormen.¹⁶⁶ Logischerwijs lijkt mitsdien een investering aangegaan door een in Nederland gevestigde vaste inrichting die een risicoreserve aanhoudt, tot een onbelaste afname van de risicoreserve te moeten kunnen leiden. Ook een indirecte investering via een in Nederland gevestigde vaste inrichting zou tot een onbelaste onttrekking moeten leiden. Uiteraard dient het belang bij de deelneming wel de Nederlandse vaste inrichting aan te gaan.

165 Anders J.N. Bouwman, Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke Vermande Lelystad, 1998, blz. 591.

166. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 20

6.3.2.3 *Investering in lichaam*

Art. 15b, vijfde lid, spreekt zowel van 'kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een lichaam' als van 'het belang bij deze deelneming'. Het lichaam waarin geïnvesteerd wordt dient derhalve aangemerkt te kunnen worden als een deelneming. De vraag rijst of het lichaam voorafgaand aan de investering reeds als deelneming moet kwalificeren, of is het voldoende dat het lichaam na de investering als deelneming kan worden aangemerkt. Daar voorafgaand aan de verwerving van aandelen in een lichaam veelal geen sprake zal zijn van een deelneming in het desbetreffende lichaam, lijkt het toereikend dat na de investering sprake is van een deelneming.

Zowel ter zake van investeringen in Nederlandse als in buitenlandse deelnemingen kan de risicoreserve onbelast afnemen. De investering behoeft niet plaats te vinden in een concernlichaam. In tegenstelling tot het eerste lid, spreekt het vijfde lid niet van 'deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid'. Daar het vijfde lid deze omschrijving niet bezigt, lijkt de wetgever te doelen op het algemene deelnemingsbegrip van art. 13 Wet Vpb. 1969. Behalve de participaties genoemd in art. 13, tweede lid, zijn daaronder tevens begrepen de met een deelneming gelijkgestelde participaties.¹⁶⁷ Aansluiting bij art. 13 betekent dat een investering in een participatie die niet als deelneming kwalificeert omdat zij niet aan een winstbelasting is onderworpen, niet kan leiden tot een onbelaste afname van de risicoreserve. Mocht evenwel een aftrekbaar verlies worden geleden op een dergelijke participatie, dan dient wel een bedrag gelijk aan het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.¹⁶⁸ De risicoreserve wordt ingevolge art. 15b, eerste lid, immers mede gevormd voor verliezen welke samenhangen met het houden van deelnemingen die niet aan een winstbelasting zijn onderworpen.

De Orde meent dat gezien de systematiek van de regeling ook investeringen in binnenlandse en buitenlandse vaste inrichtingen tot een onbelaste afname van de risicoreserve zouden moeten leiden.¹⁶⁹ De staatssecretaris kan zich vinden in deze zienswijze. Hij merkt op dat art. 15b, vijfde lid, ook toepassing vindt in situaties waarin direct of indirect het kapitaal van een deelneming wordt vergroot door kapitaal aan de risicoreserve te onttrekken, teneinde met die middelen een reële investering te plegen in een buitenlandse vaste inrichting. Hetzelfde geldt voor investeringen in Nederlandse vaste inrichtingen van buitenlandse deelnemingen.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Zie § 4.2.4.1

¹⁶⁸ Zie § 4.2.4.1.2.

¹⁶⁹ Commentaar van 30 augustus 1996 van de Nederlandse Orde van Belastingadviseurs aan de griffier van de Vaste Commissie voor Financien van de Tweede Kamer met betrekking tot wetsvoorstel nr 24 696, Weekblad 1996, blz. 1352

¹⁷⁰ TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz 35. Opmerkelijk is dat gesproken wordt over kapitaal dat aan de risicoreserve onttrokken wordt. Vereist is evenwel dat het bedrag van de investering afkomstig is uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam. Is dit het geval, dan mag een bedrag gelijk aan de helft van de investering in mindering worden gebracht op de extracomptabele ruimterekening.

Bij een investering in een vaste inrichting van het CFA-lichaam zelf is ingevolge art. 15b, vijfde lid, Wet Vpb. 1969, geen onttrekking ten laste van de risicoreserve mogelijk. Slechts investeringen in deelnemingen kunnen ten laste van de reserve komen. De Orde acht dit verschil in behandeling ongegrond.¹⁷¹ Volgens de staatssecretaris dient het verschil in wezen tussen een deelneming en een vaste inrichting in acht te worden genomen. Vindt een investering plaats in een deelneming, dan kan het CFA-lichaam niet meer over deze middelen beschikken. Bij een investering in een vaste inrichting van het CFA-lichaam is er als het ware sprake van een aanwending van eigen vermogen in het CFA-lichaam zelf. De staatssecretaris maakt een vergelijking met de aankoop van een machine door het CFA-lichaam. Ook in die situatie is geen onbelaste onttrekking mogelijk.¹⁷² Het verschil in behandeling tussen een deelneming en een vaste inrichting wordt volgens de staatssecretaris gerechtvaardigd door het verschil in wezen.¹⁷³ Naar mijn mening kan een verschil in behandeling gegrond worden op de tekst van art. 15b, vijfde lid. Eén van de voorwaarden voor een onbelaste afname is dat het bedrag van de vermindering wordt afgeboekt op het opgeofferd bedrag. De onbelaste afname loopt immers vooruit op een toekomstig liquidatieverlies. Bij een investering in een vaste inrichting van het CFA-lichaam zelf, kan geen afboeking van het opgeofferd bedrag plaatsvinden. Daarmee kan niet worden voldaan aan één van de voorwaarden van het vijfde lid. Een onbelaste afname van de risicoreserve ter zake van een investering in een vaste inrichting van het CFA-lichaam zelf, lijkt op die grond niet mogelijk.

In de situatie dat het CFA-lichaam een dividend uitkeert aan zijn moedermaatschappij, waarna de moedermaatschappij investeert in een binnenlandse of buitenlandse vaste inrichting van haar zelf, is geen sprake van een aanwending binnen het CFA-lichaam zelf. Daar evenwel geen kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming plaatsvindt, lijkt een onbelaste afname van de risicoreserve in deze situatie niet in overeenstemming met de strekking van art. 15b, vijfde lid.

6.3.2.4 Gefinancierd uit financieringsvermogen

De middelen waarmee een kapitaalstorting of verwerving van aandelen wordt gefinancierd, moeten ingevolge art. 15b, vijfde lid, afkomstig zijn uit het vermogen van

171 Commentaar van 12 november 1996 van de Nederlandse Orde van belastingadviseurs aan de griffier van de Vaste Commissie voor Financien van de Eerste Kamer met betrekking tot wetsvoorstel nr. 24 696, Weekblad 1996, blz 1779.

172. Ter zake van de aankoop van een octrooi, patent of licentie kan evenmin onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken, omdat art. 15b, vijfde lid, alleen onbelaste onttrekkingen toestaat bij een kapitaalstorting of verwerving van aandelen. Een onbelaste onttrekking kan wel bereikt worden door een kapitaalstorting in een concernlichaam die dat bedrag aanwendt voor de aankoop van bijvoorbeeld een octrooi. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45

173. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 12 en 13.

het CFA-lichaam dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten.¹⁷⁴ Verwerft een ander concernlichaam dan het CFA-lichaam een deelneming, of stort het andere concernlichaam kapitaal in een deelneming, dan is een onbelaste afname van de risicoreserve slechts mogelijk indien en voorzover het CFA-lichaam hiervoor middelen uit haar kapitaal ter beschikking stelt.¹⁷⁵ Een onttrekking aan het kapitaal kan bijvoorbeeld plaatsvinden door een dividenduitkering aan het concernlichaam dat de deelneming verwerft, of door een kapitaalstorting ten laste van het vermogen van het CFA-lichaam. Het ter beschikking stellen van een lening aan een concernlichaam is niet voldoende,¹⁷⁶ tenzij de lening als een kapitaaldeelname wordt aangeduid.¹⁷⁷ Benut het concernlichaam de lening voor de verwerving van een deelneming, dan kan geen bedrag onbelast aan de risicoreserve onttrokken worden. De lening kan mogelijk wel als financieringsactiviteit kwalificeren ter zake waarvan de opbrengst aan de risicoreserve gedoteerd kan worden.

De vraag rijst of onderhavige voorwaarde inhoudt dat de investering gefinancierd moet zijn uit het eigen vermogen van het CFA-lichaam dat is aangewend voor de financieringsactiviteiten, of dat een financiering uit het vreemd vermogen dat is aangewend voor de financieringsactiviteiten ook toereikend is.¹⁷⁸ Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer is het volgende opgemerkt: 'De genoemde eis komt er op neer dat onbelast aan de reserve kan worden onttrokken indien voor de acquisitie kapitaal is onttrokken aan het eigen vermogen dat voor de financieringsactiviteiten wordt aangewend.'¹⁷⁹ Daniels leidt uit deze opmerking af dat de financiering van een investering uit het vreemd (financierings)vermogen van het CFA-lichaam niet mogelijk is.¹⁸⁰ Van der Lande is daarentegen van mening dat de financiering van de investeringen ook met vreemd vermogen mag geschieden. Het vijfde lid stelt immers als voorwaarde dat de kapitaalstorting of de verwerving van aandelen gefinancierd moet zijn uit het vermogen dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten. Dit kan zowel eigen als vreemd vermogen betreffen. Het is toereikend als uit het financieringsvermogen middelen worden vrijgemaakt. Of deze middelen gefinancierd zijn

174 Voorwaarde V 8 van de modelbeschikking spreekt van 'financieringsvermogen' in plaats van 'vermogen dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten'. Verondersteld mag worden dat een verschil in betekenis niet is beoogd.

175 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en Nader rapport, blz. 12

176. Zie § 6 3 2 1.4.

177 HR 27 januari 1988, BNB 1988/217 en HR 11 maart 1998, BNB 1998/208

178 TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 35 '(...) in situaties waarin (...) het kapitaal van een deelneming wordt vergroot door kapitaal aan de risicoreserve te onttrekken, (...) [vindt] het voorgestelde artikel 15b, vijfde lid, toepassing.' De opmerking van de staatssecretaris suggereert dat voor een investering kapitaal aan de risicoreserve onttrokken moet worden. Ingevolge het vijfde lid dient het bedrag van de investering echter aan het financieringsvermogen van het CFA-lichaam onttrokken te worden. De investering wordt niet onttrokken aan de extracomptabele risicoreserve, doch leidt slechts, evenals ingeval verliezen ex art. 15b, eerste lid, worden geleden, tot een vermindering van deze reserve. Is de omvang van de risicoreserve ontoereikend, dan kan uiteraard wel een investering plaatsvinden, maar kan deze (deels) niet in mindering komen op de risicoreserve

179. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 12.

180. A.H.M. Daniels, Concernfinanciering, TFO 1997, blz. 60

met eigen dan wel vreemd vermogen, is daarbij niet van belang. Van der Lande trekt een parallel met het tweede lid, onderdeel a, waarin voor de vermogenstoets gesproken wordt van 'het vermogen dat is aangewend voor de financieringsactiviteiten'.¹⁸¹ Hieronder wordt zowel eigen als vreemd vermogen verstaan.¹⁸²

Van der Lande legt mijns inziens terecht de nadruk op de tekst van art. 15b, vijfde lid. Nu de wetgever de term 'vermogen' bezigt, kan de investering zowel uit het eigen als vreemd (financierings)vermogen worden gefinancierd. Zou de wetgever uitsluitend een financiering uit het eigen vermogen hebben beoogd, dan zou dat expliciet in het vijfde lid tot uitdrukking moeten zijn gebracht. Nu de bewoording van art. 15b, vijfde lid, duidelijk is, bestaat geen aanleiding om voor de interpretatie van het vijfde lid, bij de wetshistorie te rade te gaan. Voor een onbelaste afname van de risicoreserve lijkt mitsdien zowel een financiering van de investeringen uit het eigen als vreemd (financierings)vermogen mogelijk te zijn.

Art. 15b, vijfde lid, vereist dat de investering is gefinancierd uit het vermogen dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten. Ook voorwaarde V.8 van de modelbeschikking stelt dat voor een onbelaste afname een bedrag uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam ter beschikking moet worden gesteld.¹⁸³ Uit het vermogen dat het CFA-lichaam onder meer gebruikt voor de financiering van concern-lichamen, moeten derhalve middelen vrijgemaakt worden voor de investering in een deelneming. Daar de overnamekas niet behoort tot het concernfinancieringsvermogen, kan de financiering van een investering uit de overnamekas, strikt genomen niet leiden tot onbelaste afname van de risicoreserve. De overnamekas behoort immers niet tot het vermogen waarmee concernfinancieringswinst wordt behaald.

Voorbeeld:

De balans van CFA-lichaam X luidt als volgt:

vordering op buitenlandse concernlichaam	50	eigen vermogen	270
ter beschikking gestelde activa	40	vreemd vermogen	100
buitenlandse deelnemingen	80		
beleggingen (o.a. overnamekas ad 70)	200		

De risicoreserve van X bedraagt 150. X wenst een deelneming te verwerven van 175. De vraag is welk bedrag ter zake van deze investering onbelast in mindering kan worden gebracht op de risicoreserve. Het vermogen dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten bedraagt 90. Uit dit vermogen dient, ongeacht of het eigen dan wel vreemd vermogen betreft, de

181 M L B van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz 53

182. Zie § 3.2.4.

183 Voorwaarde V.9 van de modelbeschikking stelt niet de eis dat de kapitaalstorting door het CFA-lichaam ten laste van het financieringsvermogen moet zijn gebracht. Aangenomen mag worden dat dit wel de bedoeling is, aangezien art. 15b, vijfde lid, deze voorwaarde stelt

investering in de deelneming te worden gefinancierd, teneinde 50% van het bedrag van de investering onbelast in mindering te kunnen brengen op de risicoreserve. Een strikte uitleg van het vijfde lid, betekent dat X voor de verwerving van een deelneming eerst haar financieringsactiva liquide moet maken. Wordt een bedrag van 90 aan het financieringsvermogen onttrokken, dan kan een bedrag van 45 onbelast in mindering worden gebracht op de risicoreserve.

Mocht onverkort worden vastgehouden aan de voorwaarde dat de financiering dient te geschieden uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam, dan kan het volgende worden overwogen. Het CFA-lichaam leent het benodigde bedrag voor de verwerving van een deelneming aan een in het binnen- of buitenland gevestigd concernlichaam. Het concernlichaam verwerft met de verkregen middelen de deelneming. De door het CFA-lichaam verstrekte lening kwalificeert als financieringsactiviteit. De lening wordt vervolgens omgezet in aandelenkapitaal. Ingevolge voorwaarde V 7 van de modelbeschikking kan ter zake van een dergelijke omzetting een bedrag onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. Langs deze weg is in ieder geval voldaan aan de voorwaarde dat de financiering moet plaatsvinden uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam. Het verschil met de situatie dat het CFA-lichaam zelf de deelneming verwerft is dat de deelneming gehouden gaat worden door een verbonden lichaam.

De opvatting dat de financiering van een investering uit de overnamekas niet kan leiden tot een onbelaste afname van de risicoreserve, spoort mijns inziens niet met de strekking van de financieringsregeling.¹⁸⁴ Immers, het CFA-lichaam kan op basis van de regeling van art. 15b een overnamekas aanhouden, ter zake waarvan de opbrengsten ook voor dotatie aan de risicoreserve in aanmerking komen. Beleggingen behoren slechts tot de overnamekas voorzover het CFA-lichaam aannemelijk maakt dat deze worden aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen.¹⁸⁵ Behalve de intentie tot overname is ook noodzakelijk dat bij een concrete overname de overnamekas wordt aangewend. Ten behoeve van de omvang van de overnamekas dient een overname uit de overnamekas gefinancierd te worden. Deze handelwijze staat haaks op de voorwaarde dat voor een onbelaste afname van de risicoreserve, een overname uit het financieringsvermogen gefinancierd moet zijn. Een dergelijke contradictie binnen de regeling van art. 15b lijkt niet beoogd te zijn door de wetgever. Een financiering van een investering uit de overnamekas dient naar mijn mening dan ook tot een onbelaste afname van de risicoreserve te kunnen leiden. De overnamekas moet in het kader van het vijfde lid gelijkgesteld worden met het vermogen van het CFA-lichaam dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten.

¹⁸⁴ Zie ook J.R. Bakker en P.M. Smit e.a. *De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting*. Kluwer Deventer, 1997, blz. 84.

¹⁸⁵ Zie § 5.3.4.

6.3.2.5 Afboeking van opgeofferd bedrag

Is ter zake van een investering in een deelneming een bedrag onbelast onttrokken aan de reserve, dan dient het opgeofferd bedrag van de deelneming te worden vermindert met het bedrag van de onbelaste onttrekking. Daar normaliter 50% van de investering in een deelneming in mindering komt op de risicoreserve, zal het opgeofferd bedrag in het algemeen met 50% van het investeringsbedrag afnemen. Als gevolg van de vermindering van het opgeofferd bedrag wordt een toekomstig afwaarderingsverlies ex art. 13ca Wet Vpb. 1969 gereduceerd.¹⁸⁶ Ook het toekomstig aftrekbaar liquidatieverlies ex art. 13d Wet Vpb. 1969 wordt vermindert. Een eventueel liquidatieverlies wordt als het ware in de tijd naar voren gehaald.

Wordt als gevolg van een indirecte investering de deelneming gehouden door een ander Nederlands concernlichaam dan het CFA-lichaam, dan zal volgens de parlementaire toelichting de vermindering van het opgeofferd bedrag door de houdster van de deelneming dienen plaats te vinden.¹⁸⁷ Het uitgangspunt is derhalve dat ten aanzien van de deelneming waarin een investering leidt tot een onbelaste afname van de risicoreserve, het opgeofferd bedrag van de betreffende deelneming wordt vermindert. Bij een indirecte investering kwalificeert niet de kapitaalstorting of de dividenduitkering door het CFA-lichaam voor een onbelaste afname van de risicoreserve, maar de kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming door het ander concernlichaam (de tussenhoudster of moedermaatschappij). Laatstgenoemde investering kwalificeert bijvoorbeeld vanwege de wezenlijke uitbreiding die als gevolg van deze investering plaatsvindt. Ter zake van de kwalificerende investering vindt een onbelaste onttrekking plaats, als gevolg waarvan het opgeofferd bedrag van de deelneming waarin de kwalificerende investering is verricht, met een zelfde bedrag vermindert.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X stort kapitaal in het Nederlands concernlichaam Y, welk op zijn beurt kapitaal stort in deelneming Z. In laatstgenoemde vennootschap vindt een wezenlijke uitbreiding van de activiteiten plaats. Niet de kapitaalstorting door het CFA-lichaam X, maar de daaropvolgende kapitaalstorting kwalificeert voor een onbelaste afname van de risicoreserve. Het opgeofferd bedrag van Z wordt vermindert met het bedrag gelijk aan het bedrag van de onbelaste onttrekking.

In voorwaarde V.9 is bepaald dat indien het CFA-lichaam kapitaal stort in een verbonden lichaam (X) en dit verbonden lichaam de gelden direct als kapitaal stort in een ander verbonden lichaam (Y) dat met de gelden een uitbreidingsinvestering pleegt, vanwege de eerstgenoemde kapitaalstorting door het CFA-lichaam een on-

186 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 37

187 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 37

belaste onttrekking in aanmerking kan worden genomen. Ondanks dat de kwalificerende investering door een verbonden lichaam (X) is verricht, schrijft voorwaarde V.9 voor dat de risicoreserve onbelast afneemt als gevolg van de kapitaalstorting door het CFA-lichaam. Dit zou betekenen dat het opgeofferd bedrag van het verbonden lichaam (X) wordt verminderd met het bedrag van de onbelaste afname, in plaats van een vermindering van het opgeofferd bedrag van het lichaam (Y) waarin de uitbreidingsinvestering is verricht. Het bepaalde in voorwaarde V.9 is niet logisch en stemt niet overeen met hetgeen is opgemerkt in de parlementaire toelichting. Ofschoon voorwaarde V.9 anders lijkt te bepalen, dient ter zake van de deelneming waarin de kwalificerende investering wordt verricht, het opgeofferd bedrag te worden verminderd met het bedrag van de onbelaste afname van de risicoreserve.

Voorwaarde V.5 van de modelbeschikking bepaalt dat indien een deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken, wordt opgenomen in een fiscale eenheid, dan wel betrokken raakt bij een bedrijfsfusie, een juridische fusie of juridische splitsing, zulks aan de inspecteur gemeld moet worden.¹⁸⁸ De inspecteur kan nadere voorwaarden stellen aan het opgeofferd bedrag. Indien een deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken binnen vijf jaar na voeging in een fiscale eenheid wordt ontvoegd, dient ingevolge voorwaarde V.6 van de modelbeschikking bij de vaststelling van het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip rekening te worden gehouden met de onbelaste onttrekkingen.¹⁸⁹ Beide voorwaarden beogen te voorkomen dat een liquidatieverlies wordt genomen indien en voorzover ter zake van het opgeofferd bedrag onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken.

Wordt een deelneming binnen een concern overgedragen, dan wordt het opgeofferd bedrag ingevolge art. 13d, zesde lid, Wet Vpb. 1969, ten hoogste gesteld op dat van de rechtsvoorganger. Het opgeofferd bedrag kan in een dergelijke situatie ontoereikend zijn om 50% of 100% van het investeringsbedrag te kunnen afboeken.¹⁹⁰ Een mogelijk gevolg is dat de risicoreserve slechts onbelast kan afnemen, voorzover het opgeofferd bedrag kan worden afgeboekt. Doordat in voornoemde doorschuifsituaties geen sprake is van een wezenlijke uitbreiding van de concernactiviteiten, kan de risicoreserve evenwel niet onbelast afnemen.¹⁹¹ Een situatie waarin het opgeofferd bedrag te gering is voor een afboeking, lijkt zich mitsdien niet te kunnen voordoen.

188 Zie § 3.4.9.5.

189 Zie § 7.2.9.1

190 CFA-lichaam X verwerft deelneming D van haar zustervenootschap Y voor een prijs van 100. Het opgeofferd bedrag van D bedroeg voor Y 30. Ingevolge art. 13d, zesde lid, schuift het opgeofferd bedrag van Y door naar X. Ter zake van de verwerving wenst X een bedrag van 50 in mindering te brengen op de risicoreserve onder gelijktijdige afboeking van het opgeofferd bedrag. Het opgeofferd bedrag van Y biedt evenwel slechts ruimte voor een afboeking van 30.

191 Zie § 6.3.2.7

6.3.2.6 Vervreemdingsverbod

Art. 15b, vijfde lid, Wet Vpb. 1969, stelt geen termijn waarbinnen de verworven deelneming niet mag worden vervreemd. In de memorie van toelichting is opgemerkt dat voor een onbelaste afname van de reserve de verworven deelneming ten minste vijf jaar moet worden gehouden.¹⁹² Het is niet de bedoeling dat kort na een onbelaste afname van de risicoreserve de deelneming weer wordt vervreemd.¹⁹³ Een vervreemding binnen de vijfjaarsperiode is slechts mogelijk ingeval de vervreemding is ingegeven door motieven die voortvloeien uit de bedrijfsvoering.¹⁹⁴ Is een verworven deelneming binnen vijf jaar vervreemd zonder zakelijk motief, dan wordt de onbelaste afname in het jaar van vervreemding ongedaan gemaakt.¹⁹⁵ Het bedrag van de onbelaste onttrekking wordt toegevoegd aan de risicoreserve.¹⁹⁶ Vindt vervreemding binnen de vijfjaarsperiode plaats, doch na de verplichte of de vrijwillige beëindiging van de risicoreserve, dan lijkt herstel van de risicoreserve niet mogelijk te zijn.¹⁹⁷ Een vervreemding binnen concern binnen de vijfjaarsperiode lijkt niet tot herstel van de risicoreserve te leiden. In voorwaarde V.10 van de modelbeschikking is het vervreemdingsverbod nader vorm gegeven. In deze voorwaarde is tevens opgenomen dat ingeval een deelneming binnen twaalf maanden na verwerving wordt vervreemd, de onbelaste onttrekking in het jaar van verwerving ongedaan wordt gemaakt.

Een gedeeltelijke vervreemding leidt volgens voorwaarde V.10 tot een evenredige toevoeging aan de reserve. Deze regel is eenvoudig toe te passen in de volgende situatie.

192. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 36.

193. Hiermede beoogt men onder meer te voorkomen dat de omvang van de risicoreserve op eenvoudige wijze te manipuleren is. Echter, aangezien een vervreemding binnen de vijfjaarsperiode pas tot herstel van de reserve leidt in het jaar van de vervreemding, is manipulatie niet uitgesloten. De mogelijkheid blijft immers bestaan dat kort voor een belaste onttrekking, het CFA-lichaam direct of indirect een investering verricht als gevolg waarvan de risicoreserve onbelast kan afnemen tot nihil.

194. In de memorie van toelichting (TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, blz. 35) is het volgende opgemerkt: 'Dit kan slechts anders zijn indien belastingplichtige aannemelijk maakt dat de *vervreemding* overwegend was ingegeven door motieven die voortvloeien uit de bedrijfsvoering.' Even later (TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, blz. 36) is in de toelichting het volgende opgemerkt: '(...) tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat aan de *verwerving en de latere vervreemding* overwegend motieven die voortvloeien uit de bedrijfsvoering te grondslag liggen.' Onduidelijk is of ook zakelijke motieven voor de *verwerving* van de deelneming aannemelijk gemaakt moeten worden. Voorwaarde V 10 van de modelbeschikking geeft uitsluitsel door te bepalen dat slechts de zakelijkheid voor de *vervreemding* binnen vijf jaar aannemelijk gemaakt behoeft te worden. Onder belastingplichtige lijkt het CFA-lichaam te worden verstaan, en dus niet het concernlichaam dat de deelneming vervreemd.

195. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 36 en voorwaarde V 10 van de modelbeschikking.

196. Zie § 5.2.2.4.3.

197. Zie § 6.2.3.4 en § 6.2.4.3.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X verwerft alle 100 aandelen in deelneming Y. Ter zake van deze verwerving is een bedrag van 50 onbelast aan de risicoreserve onttrokken. Na twee jaar worden 40 aandelen vervreemd. De risicoreserve wordt hersteld met een bedrag van 20. Is ter zake van de verwerving, als gevolg van een ontoereikende reserve, slechts een bedrag van 25 aan de risicoreserve onttrokken, dan leidt de vervreemding tot een herstel van 10.

De vraag rijst vervolgens of deze regel doorgetrokken moet worden naar de gevallen waarin reeds enige aandelen worden gehouden in de te verwerven deelneming of in de deelneming waarin een kapitaalstorting wordt verricht. Wordt een vervreemding van aandelen geacht evenredig betrekking te hebben op de in bezit zijnde aandelen, of wordt aangesloten bij de historie?

Voorbeeld:

CFA-lichaam X bezit reeds enige jaren 100 aandelen (nrs. 1 t/m 100) in deelneming Y. X verwerft vervolgens 50 aandelen Y (nrs. 101 t/m 150), ter zake waarvan een bedrag van 25 onbelast aan de risicoreserve wordt onttrokken. Binnen twee jaar na de verwerving, worden 75 aandelen (nrs. 1 t/m 75) vervreemd. Indien aangesloten wordt bij de historie, dan blijkt dat geen aandelen zijn vervreemd ter zake waarvan onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken. Herstel van de risicoreserve behoeft niet plaats te vinden. Heeft de vervreemding evenwel evenredig betrekking op alle in bezit zijnde aandelen, dan worden 25 aandelen Y geacht te zijn vervreemd ter zake waarvan een bedrag aan de risicoreserve is onttrokken. De risicoreserve wordt hersteld met een bedrag van 12,5.

Naar mijn mening dient aangesloten te worden bij de historische methode. De regel dat een gedeeltelijke vervreemding leidt tot een evenredige toevoeging aan de risicoreserve heeft slechts betrekking op een gedeeltelijke vervreemding van de aandelen ter zake waarvan onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken. Niets wijst er op dat deze regel van evenredige toerekening betrekking heeft op de vraag of een vervreemding van aandelen verhoudingsgewijs moet worden toegerekend aan aandelen ter zake waarvan wel een onbelaste onttrekking heeft plaatsgevonden, en aandelen ter zake waarvan geen bedrag onbelast aan de risicoreserve is onttrokken. Bij een informele kapitaalstorting worden geen aandelen uitgereikt en lijkt het vervreemdingsverbod geen betekenis te hebben. Ter zake van een aandelenbezit dat aanvankelijk als deelneming kwalificeert, doch al dan niet als gevolg van een gedeeltelijke vervreemding op enig tijdstip binnen de vijfjaarsperiode niet meer, wordt het vervreemdingsverbod overtreden. Aangezien tot het concern geen deelneming meer behoort, dient de gehele onbelaste afname ter zake van deze voormalige deelneming ongedaan gemaakt te worden.

Indien binnen vijf jaar een verworven deelneming wordt vervreemd, wordt de onbelaste afname in het jaar van vervreemding ongedaan gemaakt.¹⁹⁸ Een correctie van de risicoreserve in het jaar van verwerving lijkt meer vanzelfsprekend.¹⁹⁹ Indien een toevoeging pas in het jaar van vervreemding plaatsvindt is namelijk de ruimte van de reserve in de tussenliggende jaren beïnvloed. Uit praktische overwegingen is waarschijnlijk gekozen voor een correctie in het jaar van vervreemding. Indien de deelneming binnen twaalf maanden na verwerving wordt vervreemd, dan wordt ingevolge voorwaarde V.10 de onbelaste onttrekking in het jaar van verwerving ongedaan gemaakt. Deze voorwaarde is opgenomen om bijvoorbeeld manipulaties met liquidatieverliezen te voorkomen. Dit kan aan de hand van het volgende voorbeeld worden geïllustreerd.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X heeft een risicoreserve van 100. Deelneming Y is in liquidatie. Ingeval een liquidatieverlies wordt geleden moet een bedrag ter grootte van dit verlies belast aan de reserve worden onttrokken. Daarnaast zal het liquidatieverlies op grond van art 13d Wet Vpb 1969 ten laste van de winst worden gebracht. Per saldo zal de liquidatie dus geen invloed hebben op de fiscale winst ten tijde van de liquidatie. Het tijdstip waarop een liquidatieverlies ten laste van de winst van X kan worden gebracht is afhankelijk van het tijdstip van vereffening. X heeft dit moment veelal zelf in de hand. X zou bijvoorbeeld voorafgaand aan het liquidatietijdstip een deelneming kunnen verwerven of oprichten (stel 1 oktober 2000), waardoor de risicoreserve onbelast afneemt tot nihil. Kort nadien (stel 1 november 2000) wordt het liquidatieverlies genomen. Voor een belaste afboeking van de reserve is dan geen ruimte meer.²⁰⁰ Vervolgens wordt op 2 januari 2001 de deelneming vervreemd.²⁰¹ Door het ongedaan maken van de onbelaste onttrekking zal de risicoreserve in 2000 op 100 worden gesteld. Het liquidatieverlies zal alsdan belast aan de risicoreserve onttrokken moeten worden.

Wordt voorwaarde V.10 letterlijk opgevat, dan zal slechts ter zake van *verworven* deelnemingen die binnen vijf jaar worden vervreemd een correctie plaatsvinden. Voorwaarde V.10 lijkt niet te zien op de vervreemding van een deelneming waarin een *kapitaalstorting* heeft plaatsgevonden. In de memorie van toelichting is het volgende opgemerkt: 'Verder zal bij een investering in een deelneming als voorwaarde voor een onbelaste afname van de reserve worden gesteld dat de deelneming ten minste vijf jaar wordt gehouden.'²⁰² Het vervreemdingsverbod beperkt zich volgens de toelichting niet tot verworven deelnemingen, maar geldt voor alle investeringen in

198 Zie § 5.2.2.4.3

199. Zie ook J.R. Bakker en P.M. Smit e.a., *De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer, 1997, blz. 84.

200 De belaste en onbelaste onttrekkingen aan de risicoreserve moeten in chronologische volgorde plaatsvinden. Zie EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 13 en voorwaarde V.4.

201. Overigens is dan nog de vraag of de verwerving van de deelneming een reële investering is geweest ingevolge voorwaarde V.7

202. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 36

deelnemingen, kapitaalstortingen daaronder begrepen, ter zake waarvan onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken. Bij een indirecte kapitaalstorting of verwerving van aandelen, ziet het vervreemdingsverbod uitsluitend op de aandelen welke zijn verkregen ter zake van de kwalificerende investering door het concernlichaam (de tussenhoudster of moedermaatschappij).

Volgens de memorie van toelichting dient 'voor een onbelaste afname van de reserve de verworven deelneming ten minste enige tijd (vijf jaar) tot het concern te blijven behoren'.²⁰³ Vervolgens is in de toelichting opgemerkt dat 'de deelneming ten minste vijf jaar wordt gehouden'.²⁰⁴ Voorwaarde V.10 van de modelbeschikking bepaalt daarentegen dat de deelneming gedurende vijf jaar niet mag worden vervreemd. Een strikte uitleg van voorwaarde V.10 leidt ertoe dat, in tegenstelling tot hetgeen is opgemerkt in de parlementaire toelichting, bij een vervreemding binnen concern het vervreemdingsverbod wordt overtreden. Daarentegen zal een liquidatie binnen vijf jaar na verwerving niet leiden tot overtreding van het vervreemdingsverbod van voorwaarde V.10, maar wel tot overtreding van het gebod dat de deelneming gedurende ten minste vijf jaren tot het concern moet blijven behoren. Een strikte uitleg van voorwaarde V.10 lijkt evenwel niet noodzakelijk. Niet valt in te zien dat bij een vervreemding binnen concern de onbelaste onttrekking ongedaan gemaakt moet worden. Te meer niet omdat bij een verhangings binnen concern, vanwege het ontbreken van een wezenlijke uitbreiding, niet alsnog een bedrag onbelast aan de risicoreserve kan worden onttrokken.²⁰⁵ Slechts ingeval de verhangings binnen concern is gefinancierd met een CFA-lening kan cumulatief optreden van een tweetal faciliteiten. Ter zake van de verwerving van een deelneming kan eerst onbelast een bedrag aan de risicoreserve worden onttrokken, waarna de deelneming binnen concern wordt overgedragen aan een ander concernlichaam dat daarvoor een kwalificerende geldlening aangaat bij het CFA-lichaam. Het lijkt niet wenselijk om uitsluitend voor deze situatie het vervreemdingsverbod in zijn algemeenheid beperkt uit te leggen.²⁰⁶

Voorwaarde V.10 geeft slechts één omstandigheid aan waardoor niet langer is voldaan aan de voorwaarde dat een deelneming ten minste vijf jaar moet worden gehouden. Voorwaarde V.10 geeft geen uitputtende opsomming van omstandigheden. Behalve de vervreemding van aandelen, zullen ook de inkoop van aandelen en de liquidatie van de deelneming binnen de vijfjaarsperiode tot herstel van de risicoreserve leiden. Wordt een koopoptie verleend, dan is eerst sprake van een vervreemding op het moment dat van de optie gebruik wordt gemaakt.²⁰⁷ De wet bevat geen definitie van het begrip 'vervreemding'. Volgens de Hoge Raad dient in het kader van de aanmerkelijkbelangregeling onder het begrip 'vervreemding' te worden verstaan elke rechtshandeling waardoor de eigenaar van de aandelen die aandelen uit

203 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 34.

204 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 36.

205 Zie § 6.3 2.7.

206 Zie § 4.2.4

207 HR 22 juni 1960, BNB 1960/266

zijn vermogen in dat van een ander doet overgaan.²⁰⁸ Deze standaarddefinitie van de Hoge Raad kan mijns inziens ook voor de toepassing van voorwaarde V.10 worden gebruikt.

6.3.2.6.1 Samenloop met art. 13ca Wet Vpb. 1969

Is ter zake van een deelneming in het verleden afgewaardeerd op basis van art. 13ca Wet Vpb. 1969, dan dient als gevolg van de vervreemding van die deelneming allereerst een opwaardering plaats te vinden tot het herrekende opgeofferd bedrag weer is bereikt. Het bedrag van het afwaarderingsverlies van art. 13ca wordt op deze wijze goedge maakt. Wordt deze opwaarderingswinst genoten door een ander concernlichaam dan het CFA-lichaam, dan kan deze winst geheel aan de risicoreserve worden toegevoegd.²⁰⁹ Vervolgens zal het CFA-lichaam een bedrag gelijk aan het bedrag dat op het moment van investering onbelast is onttrokken, aan de risicoreserve moeten toevoegen. Hierdoor wordt de fiscale claim op de reserve hersteld.

Voorbeeld:

De risicoreserve van CFA-lichaam X bedraagt 80. X keert een dividend van 100 uit aan haar moedermaatschappij Z. Z verwerft met deze middelen een deelneming D. Ter zake van deze verwerving is een bedrag van 50 aan de risicoreserve onttrokken. Het opgeofferd bedrag van D is op grond van art. 15b, vijfde lid, gesteld op 50. In jaar 2 daalt de waarde in het economische verkeer van deelneming D naar 20. Z lijdt ingevolge art. 13ca een aftrekbaar afwaarderingsverlies van 30. X dient een bedrag van 30 belast aan de risicoreserve te onttrekken. De omvang van de risicoreserve bedraagt mutatis mutandis 0. In jaar 3 wordt deelneming D vervreemd buiten concern. Ingevolge art. 13ca wordt een bedrag van 30 tot de winst gerekend van Z. Op grond van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, jo. art. 15b, derde lid, Wet Vpb. 1969, kan het voordeel van 30 volledig aan de risicoreserve worden gedoteerd. Het herrekende opgeofferd bedrag bedraagt 50. De vervreemding binnen vijf jaar leidt bovendien tot een terugname van de onbelaste onttrekking van 50. In het jaar van de vervreemding wordt aan de risicoreserve een bedrag toegevoegd van 50. De risicoreserve is weer terug op het oude niveau van 80.

208 HR 10 februari 1960, BNB 1960/123 en HR 19 maart 1969, BNB 1969/113

Behalve aan verkoop kan onder meer worden gedacht aan (aandelen)ruil. Hierbij prevaleert naar mijn mening een economische benadering. Wordt het economisch belang bij de aandelen overgedragen, dan is sprake van een vervreemding.

209. Zie § 5.2.3.2.2.

6.3.2.6.2 Samenloop met art. 13d Wet Vpb. 1969

Vindt in plaats van een vervreemding een liquidatie plaats dan is evenmin voldaan aan het vereiste dat de verworven deelneming ten minste vijf jaar tot het concern moet blijven behoren. Ook in geval van liquidatie zal het CFA-lichaam het bedrag van de onbelaste onttrekking in het verleden, aan de risicoreserve moeten toevoegen. De belastingclaim op de risicoreserve wordt in het jaar van liquidatie hersteld. Loopt de liquidatie een liquidatieverlies op in de zin van art. 13d, dan kan dit verlies ten laste van de winst worden gebracht, en dient tegelijkertijd een gelijk bedrag belast aan de risicoreserve te worden onttrokken.²¹⁰

6.3.2.7 Wezenlijke uitbreiding

De tekst van het vijfde lid stelt geen voorwaarden aan de aard van de investering. Tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt dat voor een onbelaste afname vereist is dat het gaat om een wezenlijke uitbreiding van de tot het concern behorende deelnemingen. Willekeurige en herhaalbare verhangingen binnen concern, bijvoorbeeld in de vorm van stortingen van aandelen in bestaande dochters op aandelen in tussenholdings of in andere dochters, leiden niet tot een onbelaste afname.²¹¹ Een herhaalbare verhangings binnen concern zou immers tot een cumulatie van kapitaalverstrekkingen leiden, welke onbelast in mindering komen op de risicoreserve. Doordat een dergelijke verhangings willekeurig herhaald kan worden, zou de omvang van de risicoreserve op elk willekeurig moment nihil kunnen zijn. De investering moet reële betekenis hebben.²¹² Volgens voorwaarde V.7 van de modelbeschikking, welke voorwaarde volgens de parlementaire toelichting is gesteld binnen het kader van onderdeel a van het achtste lid, dient de kapitaalstorting of verwerving van een deelneming te leiden tot:

- een uitbreiding of verbetering van de operationele activiteiten van het concern,²¹³ dan wel
- tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen.²¹⁴

210 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 38

211 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 34. Enerzijds is in de parlementaire toelichting opgemerkt dat de investering moet leiden tot een wezenlijke uitbreiding van de tot het concern behorende *deelnemingen*, anderzijds is in dezelfde toelichting opgemerkt dat ter zake van verhangingen binnen concern – welke kunnen leiden tot een wezenlijke uitbreiding van een tot het concern behorende deelneming – geen onbelaste afname kan plaatsvinden. Ter voorkoming van misbruik heeft de wetgever waarschijnlijk bedoeld dat, zoals verwoord in voorwaarde V 7 van de modelbeschikking, de investering moet leiden tot een wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern.

212 Voor de vraag of bij een informele kapitaalstorting sprake is van een wezenlijke uitbreiding, zie § 6.3.2.1.2

213 De verwerving van een deelneming dient tot een uitbreiding of verbetering van de operationele activiteiten van het concern te leiden. De verwerving van een kasgeldvennootschap zal in zijn algemeenheid niet voldoen aan deze voorwaarde.

Volgens de parlementaire behandeling kwalificeren de omzetting van vorderingen in aandelenkapitaal en de omzetting van vaste inrichtingen in deelnemingen, niet voor een onbelaste afname.²¹⁵ Het zou hierbij niet gaan om een reële investering. Voorwaarde V.7 van de modelbeschikking bepaalt daarentegen dat een lening welke is verstrekt ten behoeve van de uitbreiding van de operationele activiteiten of ter vervanging van bedrijfsmiddelen,²¹⁶ en binnen drie jaar is omgezet in aandelenkapitaal, wel leidt tot een onbelaste onttrekking.²¹⁷ De verstrekte lening dient wel gefinancierd te zijn uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam.

De investering in een buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam zelf kan niet tot een onbelaste onttrekking aan de risicoreserve leiden.²¹⁸ De omzetting van een vaste inrichting van het CFA-lichaam in een binnenlandse of buitenlandse deelneming zou, naar analogie van het bepaalde in voorwaarde V.7, wel tot een onbelaste afname moeten kunnen leiden.²¹⁹ Niet valt in te zien waarom de omzetting van een lening in aandelenkapitaal wel kwalificeert voor een onbelaste afname, en de omzetting van een vaste inrichting in een aandelenkapitaal niet. Uiteraard dient voldaan te zijn aan de voorwaarden van het vijfde lid en van de modelbeschikking. Dat betekent onder meer dat de investering in de vaste inrichting eertijds gefinancierd moet zijn geweest uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam. Voorts moet de investering destijds geleid hebben tot een wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten. Een uitleg analoog aan voorwaarde V.7 betekent dat de omzetting van de vaste inrichting binnen drie jaar na de investering in de vaste inrichting dient te geschieden. Een onbelaste afname bij een omzetting van een vaste inrichting strekt zich niet uit over de totale waarde van de activa en passiva welke zijn overgedragen aan een deelneming, doch beperkt zich tot de investeringen welke destijds zijn gefinancierd uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam en hebben geleid tot een wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten.

214. Strikt genomen behoeft een vervangingsinvestering niet op het concern als geheel te zien. Een overdracht van een activum (bijv. een deelneming) binnen concern, ter vervanging van een bedrijfsmiddel, zou alsdan tot een onbelaste afname van de risicoreserve kunnen leiden. Dit lijkt evenwel niet de bedoeling.

215. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 36.

216. Voorwaarde V.7 bepaalt dat de lening verstrekt moet zijn ten behoeve van de uitbreiding van de operationele activiteiten, dan wel tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen. Een letterlijke uitleg van de voorwaarde betekent dat een lening welke is verstrekt tot verbetering van de operationele activiteiten er niet onder is begrepen. Verondersteld mag worden dat deze voorwaarde niet zo strikt uitgelegd behoeft te worden.

217. Bij de omzetting van een afgewaardeerde vordering in een deelneming dient art. 13d, tweede lid, juncto art. 13b Wet Vpb. 1969, in acht te worden genomen.

218. Zie § 6.3.2.3.

219. Is voorafgaand aan de omzetting van een vaste inrichting in een deelneming een vaste inrichtingsverlies geleden, dan vindt onder meer voorwaarde VI.4 van de modelbeschikking toepassing. Zie § 3.4.10.4.

De investering in een binnenlandse of buitenlandse vaste inrichting van een deelneming kan tot een onbelaste afname van de risicoreserve leiden.²²⁰ Ter zake van de omzetting van zo'n vaste inrichting in een deelneming kan in beginsel nogmaals een bedrag aan de risicoreserve onttrokken worden. Daar het niet de strekking van de regeling is dat ter zake van één investering, tweemaal een bedrag onbelast aan de risicoreserve wordt onttrokken, zal ten aanzien van de omzetting geen onttrekking kunnen plaatsvinden.

Aan de duurzaamheid van de investering worden geen voorwaarden gesteld. Het feit dat de verworven deelneming gedurende vijf jaren moet worden gehouden, betekent niet dat het activum waarin de betreffende deelneming heeft geïnvesteerd, gedurende een periode van vijf jaar moet worden gehouden. Het vervreemdingsverbod ziet slechts op de bij de investering in de deelneming verkregen aandelen. Wel is vereist dat de investering leidt tot een wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern. In deze voorwaarde zit een zekere duurzaamheidseis opgesloten. Een bedrijfsmiddel dat kort na de verkrijging wordt vervreemd, leidt niet tot een wezenlijke uitbreiding. Is ter zake van een dergelijk bedrijfsmiddel aanvankelijk een bedrag onbelast aan de risicoreserve onttrokken, dan leidt een vervreemding kort na de investering tot herstel van de risicoreserve.

6.3.3 Verhoging percentage van 50% naar 100%

Bedragen kunnen ingevolge art. 15b, vijfde lid, Wet Vpb 1969, volledig onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken voorzover deze betrekking hebben op:

- a. directe of indirecte kapitaalstortingen in verband met aansprakelijkstellingen van het concern of een daartoe behorend lichaam voorzover het concernlichaam dat aansprakelijk is gesteld deze niet zelf kan dragen,
- b. directe of indirecte kapitaalstortingen of verwerving van aandelen in een lichaam waarvan de risico's naar het oordeel van de minister van Financiën boven de normale risico's uitgaan.

Teneinde een investering voor 100% in de mindering te kunnen brengen op de risicoreserve, dient de directe of indirecte kapitaalstorting of verwerving van aandelen, te voldoen aan de in het vijfde lid en de door de inspecteur gestelde voorwaarden. Zo zal onder meer het belang bij de deelneming waarin de kwalificerende investering wordt verricht een in Nederland gevestigd lichaam moeten aangaan, en zal het opgeofferd bedrag van de betreffende deelneming worden verminderd met het bedrag dat onbelast aan de risicoreserve is onttrokken. Indien een investering voor 100% aan de risicoreserve wordt onttrokken, zal per saldo het opgeofferd bedrag van de deelneming niet worden verhoogd. Ten aanzien van een kapitaalstorting in verband met een aansprakelijkstelling zal, gezien de aard van deze storting, niet de voorwaarde kun-

²²⁰ Zie § 6.3.2.3

nen worden gesteld dat de kapitaalstorting tot een wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern moet leiden.

6.3.3.1 Aansprakelijkstelling concern of concernlichaam

Het CFA-lichaam of een ander concernlichaam kan uit diverse hoofde aansprakelijk worden gesteld.²²¹ Leidt de aansprakelijkstelling tot een verlies dat ten laste komt van de Nederlandse winst en betreft het een verlies ter zake van een in art. 15b, eerste lid, genoemd risico, dan dient ter zake van het verlies een bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Wordt een ander concernlichaam dan het CFA-lichaam aansprakelijk gesteld, en gaat deze aansprakelijkstelling het vermogen van het concernlichaam te boven, dan kan een kapitaalstorting door het CFA-lichaam welke samenhangt met de aansprakelijkstelling, volledig aan de risicoreserve onttrokken worden zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt. Hierbij is irrelevant uit welke hoofde het concernlichaam is aangesproken. Evenmin is van belang of de aansprakelijkstelling tot een aftrekbaar verlies heeft geleid bij het concernlichaam. Dit laatste is slechts van belang voor de beoordeling of een bedrag ingevolge het vierde lid belast aan de risicoreserve onttrokken moet worden. In bepaalde situaties kan in dit kader samenloop optreden tussen het vierde en vijfde lid.

Onduidelijk is of de gehele kapitaalstorting ter zake van een aansprakelijkstelling tot een onbelast afname van de risicoreserve leidt, ongeacht in hoeverre de aansprakelijkstelling het vermogen van het concernlichaam te boven gaat, of dat slechts voorzover het vermogen wordt overschreden een 100% onttrekking aan de risicoreserve kan plaatsvinden. Bij gebrek aan duidelijkheid in de tekst van het vijfde lid, onderdeel a, dient het antwoord gezocht te worden in de wetsgeschiedenis. In de parlementaire toelichting is het volgende opgemerkt: 'Volledig onbelast kunnen aan de reserve worden onttrokken de bedragen gemoeid met kapitaalstortingen in verband met aansprakelijkstellingen van het concern *voorzover* (cursivering AvS) het lichaam van het concern dat aansprakelijk is gesteld dit niet zelf kan dragen (...)'.²²² Door het gebruik van de woorden 'voorzover' is aangegeven dat slechts voorzover het vermogen van het aansprakelijk gestelde concernlichaam is overschreden, een 100% onttrekking aan de risicoreserve kan plaatsvinden. Het overige gedeelte van de kapitaalstorting kan niet tot een onbelaste afname van de risicoreserve leiden. Deze storting heeft immers geen wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern tot gevolg.

De vraag komt op wanneer een concernlichaam een aansprakelijkstelling niet meer zelf kan dragen. De wettekst en de wetsgeschiedenis geven geen antwoord op deze vraag. Heeft het aansprakelijk gestelde concernlichaam een reële regresvordering op

²²¹ Zie § 6.2.2.4.

²²² TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz 34

de schuldenaar, dan behoeft het eigen vermogen van het concernlichaam niet aangesproken te worden. Alsdan is voornoemde vraag of het concernlichaam de aansprakelijkstelling zelf kan dragen, niet aan de orde. Verkrijgt het aansprakelijk gestelde concernlichaam geen reële regresvordering op de schuldenaar, dan tast de aansprakelijkstelling het eigen vermogen van het concernlichaam aan. Indien en voorzover de aansprakelijkstelling het eigen vermogen van het concernlichaam overtreft,²²³ kan een kapitaalstorting ter aanzuivering van het vermogenstekort volledig onbelast in mindering worden gebracht op de risicoreserve.

Voorbeeld:

Als gevolg van onrechtmatig handelen stelt een leverancier van dochtermaatschappij Z concernlichaam Y aansprakelijk voor een bedrag van 100 uit hoofde van haar aandeelhouderschap van Z. Het eigen vermogen van Y bedraagt 40. Lijdt concernlichaam Y een aftrekbaar verlies van 100 als gevolg van de aansprakelijkstelling, dan dient een bedrag gelijk aan het verlies belast aan de risicoreserve van CFA-lichaam X onttrokken te worden.²²⁴ Het vermogen van Y is ontoereikend om de aansprakelijkstelling te dragen. Keert CFA-lichaam X een dividend van 100 uit aan de gemeenschappelijke moedermaatschappij, die vervolgens een kapitaal van 100 stort in concernlichaam Y, dan kan een bedrag van 60 onbelast in mindering worden gebracht op de risicoreserve van X. Daar de belaste en onbelaste onttrekkingen in chronologische volgorde plaatsvinden, gaat de belaste onttrekking in dezen vooraf aan de onbelaste onttrekking.

Het vijfde lid, onderdeel a, spreekt van een aansprakelijkstelling van het *concern* of een daartoe behorend lichaam. In beginsel kunnen evenwel slechts afzonderlijke concernlichamen worden aangesproken. Onder omstandigheden kan een gelieerd lichaam, veelal de moedermaatschappij, aansprakelijk worden gesteld voor schulden of verliezen van een concernlichaam. Een aansprakelijkstelling van het concern als zodanig, behoort niet tot de juridische mogelijkheden.²²⁵ Een concern is geen rechtspersoon. Dit betekent onder meer dat zij niet zelfstandig schulden kan hebben. Om die reden kan een concern evenmin aansprakelijk worden gesteld. Het lichaam dat aansprakelijk wordt gesteld, dient ingevolge de tekst van het vijfde lid een concernlichaam te betreffen. Het is niet toereikend wanneer het aansprakelijk gestelde lichaam pas na de directe of indirecte kapitaalstorting door het CFA-lichaam, tot het concern gaat behoren. Vóór de kapitaalstorting moet het directe of indirecte belang in het aansprakelijk gestelde lichaam reeds meer dan een derde bedragen.

223. Voor een omschrijving van het begrip 'eigen vermogen' zij verwezen naar art. 2:373 BW.

224. Wordt het CFA-lichaam of een concernlichaam aangesproken uit hoofde van aandeelhouderschap, dan kan het nadeel onder de deelnemingsvrijstelling vallen. Het geleden verlies komt dan niet ten laste van de in Nederland belastbare winst. Aangezien geen bedrag ten laste van de Nederlandse winst komt, behoeft geen bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden.

225. Het Nederlandse rechtspersonenrecht kent niet het begrip 'concern'. In art. 2:24b BW is een economische en organisatorische eenheid aangeduid met de term 'groep'.

6.3.3.2 *Risicovolle deelneming*

Volledig onbelast kan aan de reserve onttrokken worden een bedrag gemoeid met de kapitaalstorting of een verwerving van aandelen in een lichaam²²⁶ waaraan ten tijde van de investering als gevolg van de activiteiten of de geografische ligging naar het oordeel van de minister van Financiën bijzondere risico's zijn verbonden. Volgens de toelichting kan hierbij gedacht worden aan technologisch innovatieve activiteiten en activiteiten die worden uitgeoefend op een plaats met extreme natuurlijke, klimatologische of politieke omstandigheden.²²⁷ Hierbij kan onder meer gedacht worden aan landen welke in een (burger)oorlog verkeren of welke geteisterd worden door hevige onlusten. De delegatiebevoegdheid aan de minister van Financiën zal zodanig worden uitgewerkt dat een generieke goedkeuring aan de Belastingdienst wordt afgegeven voor bepaalde regio's en voor bepaalde activiteiten. Bij mijn weten is tot op heden geen generieke goedkeuring verleend aan de Belastingdienst. Wellicht kan hiervoor aansluiting worden gezocht bij de maatstaf welke de Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij NV (NCM) hanteert voor de verzekering van zogenaamde landenrisico's.²²⁸ Bij export naar het buitenland kan men zich verzekeren tegen risico's van politieke aard, zoals oorlog of onlusten. Er zijn landen waarvoor de NCM om uiteenlopende redenen geen dekking verleent. Indien aangesloten wordt bij deze maatstaf van de NCM, dan zou een investering in een dergelijk niet-verzeekerbaar land volledig onbelast in mindering moeten kunnen komen op de risicoreserve.

Leiden investeringen in deelnemingen met bepaalde risicovolle activiteiten tot een volledig onbelaste afname van de risicoreserve, dan dient volgens Daniels gelet te worden op de beperkingen van de staatssteunregeling van art. 87 en 88 EG-Verdrag.²²⁹ Een concern dat een risicoreserve heeft gevormd geniet als gevolg van een dergelijke investering een belastingvoordeel. De beclaimde risicoreserve kan immers afnemen zonder dat een bedrag aan de winst wordt toegevoegd. Dat een belastingvoordeel wordt genoten is in het bijzonder te wijten aan de investering in een bepaalde bedrijfstak, doch vloeit in zijn algemeenheid voort uit de aard van de concernfinancieringsregeling van art. 15b Wet Vpb. 1969. De vraag is derhalve niet of een onbelaste afname ter zake van een investering in een risicovolle deelneming als steunmaatregel kwalificeert, doch of de concernfinancieringsregeling in zijn algemeenheid aangemerkt kan worden als ongeoorloofde staatssteunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag. Voor een uitgebreide behandeling van deze kwestie zij verwezen naar § 9.2.

226. Het lichaam waarin geïnvesteerd wordt dient na de investering aangemerkt te kunnen worden als een deelneming in de zin van art. 13 Wet Vpb. 1969. Zie § 6.3.2.3

227. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 9

228. Uitgebreid over landenrisico's zie J. Ch. Caanen, De reserve-assurantie eigen risico: handhaven of afschaffen?, Weekblad 1996, blz. 508-510.

229. A. H. M. Daniels, Concernfinanciering, TFO 1997, blz. 60

Gaat het om buitenlandse activiteiten dan moet vaststaan dat de fiscus de benodigde inlichtingen moet kunnen opvragen voor de toetsing van de risico's. Volgens de parlementaire toelichting kan de fiscus in de volgende situaties de benodigde inlichtingen opvragen:

- a. van een andere mogendheid op basis van een regeling van internationaal of inter-regionaal recht tot het verlenen van wederzijdse bijstand bij de heffing van belastingen naar het inkomen, de winst en het vermogen;
- b. van een concernlichaam in het kader van de toepassing van art. 47a AWR.²³⁰

Kan de fiscus niet op grond van voornoemde regelingen de benodigde informatie verkrijgen, dan zou het CFA-lichaam de investering niet volledig onbelast aan de risicoreserve kunnen onttrekken. Wellicht is het in die situatie toereikend dat het CFA-lichaam zelf de benodigde inlichtingen overlegt. Kan de inspecteur niet beschikken over de benodigde inlichtingen, dan kan de investering slechts voor 50% onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken.

230. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 3, Memorie van toelichting, blz 34.

7.1 INLEIDING

In voorgaande hoofdstukken is het fiscaal-technische karakter van de risicoreserve aan de orde geweest. In dit hoofdstuk is een drietal met de risicoreserve samenhangende onderwerpen behandeld, te weten de raakvlakken van de risicoreserve met het regime van de fiscale eenheid, het verband tussen de risicoreserve en de kapitaalsbelasting en de relatie van de risicoreserve tot de commerciële jaarrekening.

7.2 FISCALE EENHEID

7.2.1 Inleiding

In art. 15 Wet Vpb. 1969, zijn de voorwaarden genoemd waaronder zelfstandig belastingplichtige maatschappijen een fiscale eenheid kunnen vormen. Eén van de voorwaarden is dat bij beide belastingplichtigen dezelfde fiscale winstbepalingen van toepassing moeten zijn. De minister heeft de bevoegdheid daarvan af te wijken. Het fiscale regime voor de bepaling van de winst van een CFA-lichaam lijkt af te wijken van het algemeen geldend regime, aangezien een CFA-lichaam een bijzondere (risico)reserve kan vormen. Tijdens de parlementaire behandeling merkt de staatssecretaris niettemin op dat een vennootschap die een risicoreserve wenst te vormen, deel kan uitmaken van een fiscale eenheid.¹ Binnen een fiscale eenheid zal de concernfinancieringswinst afzonderlijk moeten worden bijgehouden, teneinde de grondslag van de dotatie aan de risicoreserve te kunnen vaststellen.

In dit onderdeel behandel ik enige raakvlakken van de concernfinancieringsregeling met het regime van de fiscale eenheid. Hierbij is geen uitvoerige analyse van het regime van de fiscale eenheid beoogd. Daarvoor volsta ik met een verwijzing naar gezaghebbende geschriften op dit gebied.² Op 26 oktober 1999 is het wetsvoorstel

1. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 47.

2. K. Rijks, Het instituut van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1996, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr. 199, Fiscale eenheid, Kluwer Deventer, 1995, en J.C.M. van Sonderen, De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Kluwer Deventer, 1995.

herziening regime fiscale eenheid aan de Tweede Kamer aangeboden³ Voorzover relevant worden hierna bij de afzonderlijke onderdelen de gevolgen van het wetsvoorstel behandeld

7.2.2 Onderscheid (CFA-)lichaam en belastingplichtige

Ingevolge art 15b, eerste lid, Wet Vpb. 1969, kan een lichaam onder omstandigheden een risicoreserve vormen Onder een lichaam wordt in beginsel verstaan elke zelfstandig belastingplichtige entiteit voor de vennootschapsbelasting⁴ De vraag rijst hoe dit lichaamsbegrip binnen een fiscale eenheid opgevat moet worden In de modelbeschikking is een definitie opgenomen van het begrip 'CFA-lichaam' Daaronder wordt verstaan 'de belastingplichtige dan wel, ingeval van een fiscale eenheid, het lichaam (de juridische entiteit) binnen de fiscale eenheid welke de financieringsactiviteiten verricht en welke de reserve in de zin van art 15b, eerste lid, mag vormen' Het zij opgemerkt dat de Wet Vpb 1969, het begrip 'CFA-lichaam' niet kent en deze definitie in beginsel dus slechts van toepassing is voor de modelbeschikking. Opvallend is dat deze begripsomschrijving enigszins ambivalent is Voor niet in een fiscale eenheid gevoegde vennootschappen is een CFA-lichaam gelijk aan de belastingplichtige welke een risicoreserve vormt Daarentegen is in geval van een fiscale eenheid een CFA-lichaam niet gelijk aan de belastingplichtige, maar betreft het de juridische entiteit binnen de fiscale eenheid welke een risicoreserve vormt Ten behoeve van een eenduidige begripsomschrijving zou het CFA-lichaam omschreven moeten worden als 'het lichaam (de juridische entiteit) dat financieringsactiviteiten verricht en welke de reserve in de zin van art 15b, eerste lid, mag vormen'. Buiten fiscale eenheid kan de term 'belastingplichtige' immers gesubstitueerd worden door het begrip 'lichaam'

In art 15b wordt zowel het begrip 'lichaam' als de term 'belastingplichtige' gebruikt. Een voorbeeld daarvan is de eerste volzin van het eerste lid, waarin is bepaald dat een lichaam een risicoreserve kan vormen op verzoek van de belastingplichtige Volgens de derde volzin van het derde lid bedraagt de dotatie aan de risicoreserve niet meer dan 80% van het belastbaar bedrag dat door de belastingplichtige zou zijn genoten In het oorspronkelijke wetsvoorstel was in de derde volzin van het derde lid in plaats van het begrip 'belastingplichtige' het begrip 'lichaam' opgenomen⁵ Aangezien binnen fiscale eenheid voor de maximale hoogte van de dotatie het belastbaar bedrag van de fiscale eenheid van belang is, is het woord 'lichaam' vervangen door 'belastingplichtige'⁶ Uit de vervanging van het begrip

3 TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 854, Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 c a (herziening regime fiscale eenheid) Voor een analyse van het wetsvoorstel zij verwezen naar het thema nummer van het Weekblad 2000, nr 6370

4 Zie § 2.2

5 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr 2, Voorstel van wet, blz 6

6 TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr 9, Tweede nota van wijziging, blz 2

‘lichaam’ door de uitdrukking ‘belastingplichtige’ leidt ik af dat in art. 15b de woorden ‘belastingplichtige’ en ‘lichaam’ bewust door de wetgever zijn gebruikt. Verondersteld mag worden dat de wetgever bekend is met het verschil in betekenis ingeval sprake is van een fiscale eenheid. Overigens leidt buiten fiscale eenheid de onderlinge inwisselbaarheid van de begrippen ‘lichaam’ en ‘belastingplichtige’ niet tot in-consequenties.

Het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid voorziet in een zelfstandige belastingplicht voor de maatschappijen die van een fiscaal eenheid deel uitmaken. Dit betekent dat elk tot de fiscale eenheid behorend lichaam subjectief belastingplichtig is. Ook binnen fiscale eenheid zijn de begrippen ‘lichaam’ en ‘belastingplichtige’ dan onderling inwisselbaar.

7.2.3 Voorwaarden vorming risicoreserve

Binnen een fiscale eenheid kan het voorkomen dat de ene vennootschap financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van in twee verschillende landen gelegen concernlichamen en de andere vennootschap financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van verbonden lichamen in twee andere landen.⁷ Op zichzelf kwalificeren beide lichamen niet voor toepassing van art. 15b Wet Vpb. 1969 aangezien ze beide niet voldoen aan de vierlandeneis. Desondanks kan op grond van voorwaarde V.2 van de modelbeschikking een risicoreserve worden gevormd als het geheel van de concernfinancieringsactiviteiten binnen fiscale eenheid kwalificeert voor toepassing van art. 15b. Het lichaam dat binnen een kenbare organisatorische en juridische structuur de leidende rol vervult met betrekking tot de concernfinancieringsactiviteiten, kan de risicoreserve vormen.⁸ Elke vennootschap zal de concernfinancieringswinst afzonderlijk moeten bijhouden om de grondslag voor dotatie aan de risicoreserve te kunnen bepalen.

Uit voorwaarde V.2 leid ik af dat de fiscale eenheid aan de door de staatssecretaris gestelde substancevoorwaarden moet voldoen. Niet vereist is dat het (leidende) CFA-lichaam dat binnen de fiscale eenheid de risicoreserve vormt, aan de substancevoorwaarden moet voldoen. De fiscale eenheid zal dus een centrale spilfunctie moeten vervullen ten aanzien van de financieringsactiviteiten van het gehele concern. Binnen de fiscale eenheid behoeven bijvoorbeeld ook niet alle financieringsactiviteiten via de bankrekening van het CFA-lichaam te lopen. Voldoende is dat de

7 Voor de vierlanden- of tweecontinenteneis tellen onderlinge financieringsactiviteiten ten behoeve van gevoegde maatschappij niet mee

8 Indien de moedermaatschappij een leidende rol speelt bij de financieringsactiviteiten zal zij een risicoreserve kunnen vormen. Slechts ingeval de moedermaatschappij de risicoreserve vormt zullen de buitenlandse deelnemingen van gevoegde vennootschappen het plafond van de overnamekas verhogen. Mocht een dochtermaatschappij de risicoreserve vormen dan tellen de buitenlandse deelnemingen van andere vennootschappen binnen fiscale eenheid niet mee voor het plafond van de overnamekas.

activiteiten worden verricht via een bankrekening van één van de gevoegde vennootschappen

Hetgeen is opgemerkt in voorwaarde V 2 van de modelbeschikking is niet conform een grammaticale uitleg van art. 15b, eerste lid. Daarin is bepaald dat het lichaam – in plaats van de belastingplichtige – aan onder meer de vierlandeneis moet voldoen. Binnen een fiscale eenheid zou mitsdien het lichaam dat de risicoreserve vormt aan de vierlandeneis moeten voldoen. Voorwaarde V.2 bepaalt evenwel dat de fiscale eenheid als geheel, ofwel de belastingplichtige, aan de vierlandeneis moet voldoen. Op deze goedkeurende bepaling in de modelbeschikking kan een beroep worden gedaan, ofschoon deze bepaling in strijd is met de grammaticale uitleg van art. 15b, eerste lid. Teneinde deze incongruentie op te heffen dient in art. 15b, eerste lid, het begrip ‘lichaam’ gelezen te worden als ‘belastingplichtige’. Deze interpretatie gaat niet meer op onder het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid. Volgens dit voorstel is elk lichaam dat deel uitmaakt van een fiscale eenheid zelfstandig belastingplichtig. Het bepaalde in voorwaarde V 2 is dan in ieder geval strijdig met een tekstuele uitleg van art. 15b, eerste lid.

Bij verbreking van de fiscale eenheid is niet langer voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid. Elk lichaam afzonderlijk voldoet immers niet meer aan bijvoorbeeld de vierlandeneis. Bij het begin van het boekjaar waarin niet langer aan de voorwaarden is voldaan, welk moment overeenstemt met het begin van het eerste boekjaar na ontvoeging, wordt ingevolge art. 15b, zevende lid, de gehele risicoreserve aan de regulier belaste winst toegevoegd.

Ingevolge art. 15b, tweede lid, Wet Vpb 1969, dient een CFA-lichaam zowel aan de vermogens- als inkomstentoets te voldoen. De vermogenstoets stelt een maximum aan de mate waarin het financieringsvermogen mag zijn aangewend voor de financiering van Nederlandse groepsmaatschappijen. Dit maximum wordt onder meer bepaald aan de hand van de waarde in het economische verkeer van de in Nederland en wereldwijd aanwezige bezittingen van het concern.⁹ De aanwezigheid van een fiscale eenheid is daarbij niet van belang.

De inkomstentoets stelt dat ten minste een bepaald gedeelte van de in Nederland belastbare inkomsten uit concernfinancieringsactiviteiten uit het buitenland afkomstig moeten zijn.¹⁰ De aanwezigheid van een fiscale eenheid heeft invloed op de inkomstentoets. Zowel onder het huidige, als onder het voorgestelde regime fiscale eenheid, komt de winst uit onderlinge financieringsactiviteiten binnen fiscale eenheid, niet tot uitdrukking in de fiscale eenheidswinst.¹¹ Als gevolg hiervan zal het aandeel van de financieringsinkomsten uit Nederland in de totale financieringsin-

⁹ Zie § 3.2

¹⁰ Zie § 3.3

¹¹ Zie § 7.2.4.1

komsten afnemen. Door de relatieve toename van het aandeel van de buitenlandse financieringsinkomsten, zal veelal eerder aan de inkomstentoets zijn voldaan.

7.2.4 Financieringswinst

7.2.4.1 *Financieringsactiviteiten binnen fiscale eenheid*

De opbrengst ter zake van financieringsactiviteiten welke zijn verricht binnen een fiscale eenheid behoren niet tot de concernfinancieringswinst. Binnen fiscale eenheid worden onderlinge vorderingen en schulden immers geacht niet meer aanwezig te zijn.¹² Bovendien is onduidelijk of binnen fiscale eenheid financieringsactiviteiten kunnen worden verricht ten behoeve van verbonden lichamen. De vraag is namelijk of een gevoegde maatschappij als een verbonden lichaam bestempeld kan worden.

Indien voornoemd gevolg ongewenst is, zou het CFA-lichaam of een of meer gevoegde maatschappijen de fiscale eenheid moeten verbreken. Behalve door meer dan 1% van de aandelen in het lichaam te vervreemden, zou de fiscale eenheid ook op verzoek kunnen worden verbroken. De staatssecretaris is bereid een dergelijk verzoek goed te keuren, tenzij de verbreking van de fiscale eenheid haar grond vindt in het behalen van onbedoelde fiscale voordelen.¹³ Tijdens de parlementaire behandeling heeft de staatssecretaris bevestigd dat een verbreking van de fiscale eenheid om te voorkomen dat onderlinge vorderingen en schulden niet meetellen voor de dotatiegrondslag, geen onbedoeld fiscaal voordeel impliceert. Na verbreking dient wel een bestendige gedragslijn te worden gevolgd.¹⁴

Volgens het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid blijven de maatschappijen die van een fiscaal eenheid deel uitmaken zelfstandig belastingplichtig. Door de zelfstandige belastingpositie van de gevoegde maatschappijen is binnen fiscale eenheid sprake van verbonden lichamen. Een CFA-lichaam dat deel uitmaakt van een fiscale eenheid kan mitsdien binnen fiscale eenheid financieringsactiviteiten verrichten ten behoeve van verbonden lichamen. De vraag rijst of het daarmee gerealiseerde voordeel leidt tot winstrealisatie bij het CFA-lichaam. Zo ja, dan kan het CFA-lichaam de gerealiseerde winst doteren aan de risicoreserve.

Het beginsel dat de dochtermaatschappij opgaat in de moedermaatschappij maakt binnen het voorgestelde regime plaats voor een belastingheffing op geconsolideerde basis. Elke maatschappij realiseert zijn eigen winst, ook indien het winst betreft op transacties met de andere maatschappijen waarmee zij een fiscale eenheid vormt.

¹² HR 6 september 1995, BNB 1996/16.

¹³ Zie Resolutie staatssecretaris van Financiën, 30 september 1991, nr. DB91/2309, V-N 1991, blz. 2763-2800.

¹⁴ EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 13.

Deze winst wordt vastgesteld met inachtneming van het toepasselijke winstregime. De belastingheffing van de tot de fiscale eenheid behorende maatschappijen vindt evenwel plaats op basis van volledige consolidatie van deze enkelvoudige winsten. Dit betekent dat de op onderlinge transacties gerealiseerde winsten pas in de fiscale eenheidswinst tot uitdrukking komen, en daarmee tot belastingheffing leiden, indien uiteindelijk sprake is van winstrealisatie op transacties met derden.¹⁵ Uit deze volledige consolidatie vloeit voort dat de winst behaald met financieringsactiviteiten binnen fiscale eenheid, niet tot winstrealisatie leidt bij de fiscale eenheid. Van enige dotatie aan de risicoreserve ter zake van financieringsactiviteiten binnen de fiscale eenheid is geen sprake.

7.2.4.2 Financieringsactiviteiten van fiscale eenheid ten behoeve van concernlichamen

Binnen fiscale eenheid kunnen verschillende lichamen concernfinancieringsactiviteiten verrichten ten behoeve van niet-gevoegde concernlichamen. Ingevolge de eerste volzin van voorwaarde V.2 kan binnen fiscale eenheid een risicoreserve worden gevormd als het geheel van activiteiten van de fiscale eenheid maar kwalificeert voor toepassing van art. 15b.¹⁶ Volgens de tweede volzin van voorwaarde V.2 mag aan de risicoreserve slechts worden gedoteerd voorzover de financieringswinst wordt behaald door lichamen die direct of indirect worden gehouden door het CFA-lichaam.¹⁷ De financieringsactiviteiten van een gevoegde zustervennootschap worden wel in ogenschouw genomen voor de bepaling of een risicoreserve mag worden gevormd, doch de met die activiteiten behaalde winst kan op grond van de tweede volzin van voorwaarde V.2 niet worden gereserveerd. Gezien de verruiming van de eerste volzin van voorwaarde V.2 zou het in de lijn liggen alle winst binnen een fiscale eenheid behaald met financieringsactiviteiten, waaronder de winst van gevoegde zustervennootschappen, tot de financieringswinst te rekenen. Ik zie geen rechtvaardiging voor het onderscheid in behandeling van de winst behaald door een gevoegde dochtermaatschappij van het CFA-lichaam, en de winst van een gevoegde zustervennootschap.

15. TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 854, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 5.

16. Zie § 7.2.3.

17. De concernfinancieringswinst kan uitsluitend bestaan uit winst behaald met vermogen dat bestaat uit aandelen die delen in de reserves van het lichaam. Binnen fiscale eenheid kan een moedermaatschappij door middel van preferente aandelen deelnemen in een dochtermaatschappij. Voor de bepaling van de concernfinancieringswinst van een fiscale eenheid is slechts de financiering van het vermogen van de fiscale eenheid als geheel van belang. Slechts voorzover het vermogen van de fiscale eenheid als geheel bestaat uit preferent aandelenkapitaal, behoort het daarmee behaalde resultaat niet tot de concernfinancieringswinst.

7 2 4 3 *Positief voordeel samenhangend met eerdere onttrekking*

Ingevolge art 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°, behoren tot de concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam tevens de positieve voordelen van andere concernlichamen, welke samenhangen met een risico als bedoeld in art 15b, eerste lid, waarvoor het CFA-lichaam eertijds een bedrag uit de reserve aan de winst heeft toegevoegd.¹⁸ Een binnen fiscale eenheid gevoegd lichaam, niet zijnde het CFA-lichaam, kan een positief voordeel behalen dat verband houdt met een risico als bedoeld in het eerste lid waarvoor destijds een bedrag aan de risicoreserve is onttrokken. De vraag rijst of een dergelijk positief voordeel behoort tot de in Nederland belastbare winst van een ander tot het concern behorend lichaam.

Ingevolge art 15, eerste lid, Wet Vpb 1969, wordt in het kader van een fiscale eenheid de dochtermaatschappij geacht opgegaan te zijn de moedermaatschappij. De bezittingen en schulden van de dochter worden rechtstreeks toegerekend aan de moedermaatschappij. De dochter behaalt voor de heffing van vennootschapsbelasting winst noch verlies. Het resultaat van de dochter gaat uitsluitend de moedermaatschappij aan.¹⁹ Een positief voordeel behaald door een gevoegde dochtermaatschappij maakt mitsdien deel uit van de belastbare winst van de moedermaatschappij. Indien het CFA-lichaam in dezelfde fiscale eenheid is gevoegd, als moeder- of dochtermaatschappij, dan maakt het positieve voordeel geen onderdeel uit van de belastbare winst van een ander concernlichaam. Wellicht kan het voordeel in aanmerking worden genomen als financieringswinst in de zin van onderdeel b, 1°, behaald door de fiscale eenheid. Ingevolge voorwaarde V 2 van de modelbeschikking wordt slechts financieringswinst binnen fiscale eenheid in aanmerking genomen voorzover deze is behaald door lichamen die direct of indirect worden gehouden door het CFA-lichaam.

Voorbeeld 1

In jaar 1 is concernlichaam Y zelfstandig belastingplichtig. Y boekt een niet-onderworpen deelneming af van 100 naar 80. CFA lichaam X onttrekt een bedrag van 20 aan de risicoreserve en voegt dit toe aan de winst. In jaar 3 is Y in een fiscale eenheid gevoegd met CFA-lichaam X als moedermaatschappij. In dat jaar leidt de opwaardering van de deelneming tot een winst van 20. Deze opwaarderingswinst vormt een onderdeel van de belastbare winst van de moedermaatschappij, te weten CFA lichaam X. De winst vormt geen positief voordeel dat deel uitmaakt van de belastbare winst van een ander concernlichaam. Nu onderdeel b, 2°, toepassing must, kan de winst wellicht geschaard worden onder de winst ingevolge onderdeel b, 1°. Dit is evenwel niet het geval aangezien de (opwaarderings-)winst uit een deelneming niet behaald is met financieringsactiviteiten. Zou wel sprake zijn geweest van winst behaald met financieringsactiviteiten, dan nog kan ingevolge voorwaarde V 2 van de modelbeschik

¹⁸ Zie § 5.2.3

¹⁹ HR 22 februari 1956, BNB 1956/132

king slechts winst in aanmerking worden genomen voorzover behaald door lichamen die direct of indirect worden gehouden door het CFA-lichaam.

Voorbeeld 2:

De spiegelbeeldsituatie van voornoemd voorbeeld is als volgt. Concernlichaam Y was ten tijde van de afwaardering van de deelneming in een fiscale eenheid gevoegd met CFA-lichaam X. Het afwaarderingsverlies komt ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid. Een bedrag ter grootte van het verlies wordt aan de risicoreserve onttrokken. In jaar 3, de fiscale eenheid is inmiddels beëindigd, leidt de opwaardering van de deelneming tot een winst bij Y. De opwaarderingswinst kwalificeert als positief voordeel in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°.

Mocht concernlichaam Y in jaar 1 binnen fiscale eenheid een concernfinancieringsverlies lijden (bijvoorbeeld de afwaardering van een concernlening), dan komt dit verlies ten laste van het resultaat van de fiscale eenheid. Een bedrag ter grootte van dit nadeel moet aan de risicoreserve worden onttrokken. In jaar 3, de fiscale eenheid is inmiddels verbroken, wordt de opwaardering van de concernlening bij Y tot de fiscale winst gerekend. De opwaarderingswinst kwalificeert als positief voordeel in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2°. Deze situatie is een uitzondering op de regel dat een ander concernlichaam geen positieve voordelen kan behalen die verband houden met financieringsactiviteiten.²⁰ Normaliter behoeft immers ter zake van een verlies dat een ander concernlichaam buiten fiscale eenheid leidt met financieringsactiviteiten, geen bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Volgens het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid blijven de maatschappijen die van een fiscaal eenheid deel uitmaken zelfstandig belastingplichtig. Dit betekent onder meer dat elke maatschappij haar eigen winst of verlies realiseert. Een positief voordeel ex art. 15b, eerste lid, onderdeel b, 2, Wet Vpb. 1969, dat onderdeel uitmaakt van de winst van een ander gevoegd concernlichaam, wordt niet meer behandeld alsof het voordeel is behaald door een CFA-lichaam. Een dergelijk voordeel kan mitsdien in zijn geheel aan de risicoreserve worden gedoteerd.

7.2.5 Overnamekas

7.2.5.1 Plafond overnamekas

Ingevolge art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, bepalen de ‘deelnemingen buiten Nederland van het lichaam’ mede het plafond van de overnamekas.²¹ De maximale omvang van de overnamekas wordt derhalve mede bepaald door de waarde van de buitenlandse deelnemingen die door het CFA-lichaam zelf worden gehou-

²⁰ Zie § 5.2.3.2.1

²¹ Zie § 5.3.5

den. Indien een ander lichaam (tussenhoudster) binnen een fiscale eenheid buitenlandse deelnemingen houdt, tellen deze ingevolge de tweede volzin van voorwaarde IV van de modelbeschikking eveneens mee. Wel is de eis gesteld dat de tussenhoudster in het CFA-lichaam moet zijn opgegaan. Het CFA-lichaam moet derhalve als moedermaatschappij fungeren. Voorts mag de tussenhoudster geen andere activiteiten hebben dan het houden van deelnemingen en moet het gebruik van de tussenhoudster zijn ingegeven door niet-fiscale motieven. Indien een dochtermaatschappij binnen fiscale eenheid een risicoreserve vormt, dan tellen de buitenlandse deelnemingen van andere vennootschappen binnen fiscale eenheid niet mee voor het plafond van de overnamekas. Niet valt in te zien waarom in laatstgenoemde situatie de buitenlandse deelnemingen niet meetellen.²²

Het beginsel dat de dochtermaatschappij opgaat in de moedermaatschappij maakt in het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid plaats voor een belastingheffing op geconsolideerde basis. Dit betekent onder meer dat onder het nieuwe regime nimmer voldaan kan worden aan de tweede volzin van voorwaarde IV van de modelbeschikking. Een tussenhoudster kan immers niet meer opgaan in het CFA-lichaam. Onder het nieuwe regime zou het mitsdien toereikend moeten zijn dat de tussenhoudster als dochtermaatschappij deel uitmaakt van de fiscale eenheid waarvan het CFA-lichaam de moedermaatschappij vormt.

Voorts mag de tussenhoudster geen andere activiteiten hebben dan het houden van deelnemingen en moet het gebruik van de tussenhoudster zijn ingegeven door niet-fiscale motieven.²³ Niet duidelijk is waarom de tussenhoudster geen andere activiteiten mag voeren. De aanwezigheid van een uitstaande lening bij de tussenhoudster verhindert strikt genomen het in aanmerking nemen van de buitenlandse deelnemingen van de tussenhoudster. De uitstaande lening van de tussenhoudster wordt evenmin in aanmerking genomen. Uitsluitend de uitstaande leningen van het CFA-lichaam zelf bepalen mede het plafond van de overnamekas. De voorwaarde dat het gebruik van de tussenhoudster niet-fiscale doelen moet dienen is waarschijnlijk opgenomen om vermeend misbruik te voorkomen.

Ten slotte merk ik nog op dat de uitleg volgens voorwaarde IV van de modelbeschikking niet correspondeert met een strikt grammaticale uitleg van art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking. In laatstgenoemde bepaling is immers bepaald dat deelnemingen van het lichaam, dat wil zeggen het CFA-lichaam, mede het plafond bepalen. Ingevolge voorwaarde IV tellen ook buitenlandse deelnemingen van gevoegde maatschappijen mee voor de hoogte van het plafond. In art. 2a, derde lid, Uitvoe-

22 Zie ook S E Faber en M V Lambooy, De modelbeschikking concernfinancieringsmaatschappijen lust of last?, Weekblad 1997, blz 1579

23 Deze voorwaarden zijn gelijklopend aan de vereisten genoemd in voorwaarde V 8. Daarin is bepaald dat een binnen fiscale eenheid verstrekte lening ter verwerving van een deelneming onder bepaalde voorwaarden onbelast in mindering kan worden gebracht op de risicoreserve

ringsbeschikking, dient in het kader van dit goedkeurend beleid in plaats van het begrip 'lichaam' het begrip 'belastingplichtige' te worden gelezen.

7.2.5.2 *Omvang overnamekas*

Kortlopende beleggingen binnen een fiscale eenheid worden volgens voorwaarde V.1 slechts tot de overnamekas gerekend voorzover ze tot het vermogen van het CFA-lichaam behoren. Beleggingen van gevoegde vennootschappen worden niet tot de overnamekas gerekend.²⁴ Deze voorwaarde correspondeert met hetgeen is bepaald in art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, waarin immers is opgemerkt dat de kortlopende beleggingen door het lichaam – ofwel het CFA-lichaam binnen fiscale eenheid – moeten worden aangehouden. Ingevolge voorwaarde IV van de modelbeschikking komt het plafond van de overnamekas binnen een fiscale eenheid hoger te liggen doordat buitenlandse deelnemingen van gevoegde vennootschappen worden meegeteld. Onduidelijk is waarom het plafond van de overnamekas wel door gevoegde maatschappijen kan worden verhoogd, maar de kortlopende beleggingen van deze maatschappijen niet meetellen voor de omvang van de overnamekas. Ik pleit er dan ook voor alle kortlopende beleggingen binnen een fiscale eenheid tot de overnamekas te rekenen. Alsdan dient voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling het begrip 'lichaam' in art. 2a, derde lid, Uitvoeringsbeschikking, gelezen te worden als 'belastingplichtige'. Onder het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid gaat deze uitleg niet meer op. Elk lichaam dat deel uitmaakt van een fiscale eenheid is volgens dit voorstel immers zelfstandig belastingplichtig.

7.2.6 **Beperking dotatiemogelijkheid**

Ingevolge art. 15b, derde lid, derde volzin, bedraagt het aan de risicoreserve toe te voegen bedrag niet meer dan 80% van het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam c.q. de fiscale eenheid.²⁵ Dit maximum is aan de orde indien de concernfinancieringswinst meer bedraagt dan de belastbare winst van het CFA-lichaam c.q. de fiscale eenheid. Binnen fiscale eenheid kunnen verlieslijdende, niet-financieringsactiviteiten van gevoegde maatschappijen de dotatiegrondslag verminderen. Onder het voorgestelde regime fiscale eenheid blijven de maatschappijen die van een fiscaal

24. Zie ook het antwoord van de staatssecretaris van Financiën op de vragen 13 en 14 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997.

25. Bij de tweede nota van wijziging is het woord 'lichaam' in de derde volzin van het derde lid vervangen door 'belastingplichtige'. Aanvankelijk was het dotatiemaximum afhankelijk van het belastbaar bedrag van het lichaam dat de risicoreserve aanhoudt. Ingeval het CFA-lichaam deel uitmaakt van een fiscale eenheid, zou het belastbaar bedrag van de fiscale eenheid van belang moeten zijn. Teneinde onduidelijkheid op dit punt te voorkomen is het woord 'lichaam' vervangen door 'belastingplichtige' (TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 9, Tweede nota van wijziging, blz. 2)

eenheid deel uitmaken zelfstandig belastingplichtig. Ter bepaling van het dotatiemaximum is dan nog slechts het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam relevant.

7.2.7 Belaste onttrekking

7.2.7.1 *Activiteiten binnen fiscale eenheid*

Binnen fiscale eenheid worden onderlinge vorderingen en schulden geacht niet aanwezig te zijn.²⁶ Lijdt het CFA-lichaam door een waardedaling van een dergelijke vordering een verlies, dan komt zulks bij de bepaling van de fiscale eenheidswinst niet tot uitdrukking. Ter zake van een dergelijk verlies behoeft mitsdien geen bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Volgens het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid vindt de belastingheffing van de tot de fiscale behorende maatschappijen plaats op basis van volledige consolidatie van de enkelvoudige winsten. Uit deze consolidatie volgt dat het resultaat behaald met financieringsactiviteiten binnen fiscale eenheid niet in het fiscaal eenheidsresultaat tot uitdrukking komt. In beginsel kan slechts ter zake van transacties met derden een fiscaal eenheidsresultaat worden behaald. Ook onder het nieuwe regime behoeft ter zake van een verlies op een onderlinge vordering geen bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Indien het CFA-lichaam een vordering heeft op een in de fiscale eenheid op te nemen maatschappij, dient deze vordering voor het voegingstijdstip bij beide lichamen gewaardeerd te worden op hetzelfde bedrag, te weten de bedrijfswaarde van de vordering met als maximum de nominale waarde. Ingeval zulks leidt tot een afwaardering van de vordering bij het CFA-lichaam, zal een bedrag ter grootte van deze afwaardering belast aan de risicoreserve onttrokken moeten worden. Ingevolge het voorgestelde art. 15ab, vijfde lid, wordt deze systematiek onder het nieuwe regime gecontinueerd.

7.2.7.2 *Activiteiten van fiscale eenheid ten behoeve van concernlichamen*

Verliezen uit financieringsactiviteiten moeten belast aan de risicoreserve onttrokken worden voorzover deze door het CFA-lichaam zijn geleden. Dergelijke verliezen behoeven niet aan de reserve onttrokken te worden indien zij geleden zijn door andere concernlichamen. De verliezen geleden binnen een fiscale eenheid worden geacht geleden te zijn door de moedermaatschappij. Is binnen de fiscale eenheid een risicoreserve gevormd, dan wordt deze geacht gevormd te zijn door de moedermaatschappij. Lijdt een gevoegd lichaam een verlies ter zake van het verrichten van financie-

26 HR 6 september 1995, BNB 1996/16

ringsactiviteiten, dan dient een bedrag ter grootte van het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Hierbij is niet van belang of dit verlies is geleden door een van de fiscale eenheid deel uitmakend CFA-lichaam of een ander gevoegd lichaam. Indien een gevoegd lichaam een verlies lijdt uit het houden van deelnemingen of een verlies uit een buitenlandse vaste inrichting, komt zulks eveneens belast in mindering op de risicoreserve.

Is het ongewenst dat een door een gevoegd lichaam geleden verlies uit financieringsactiviteit belast aan de risicoreserve moet worden onttrokken, dan dient de fiscale eenheid te worden verbroken. Behalve door meer dan 1% van de aandelen in het lichaam te vervreemden, zou de fiscale eenheid ook op verzoek kunnen worden verbroken. Een dergelijk verzoek wordt door de staatssecretaris in ieder geval goedgekeurd als de verbreking beoogt te voorkomen dat onderlinge vorderingen en schulden niet meetellen voor de dotatiegrondslag.²⁷ Gezien dit standpunt van de staatssecretaris lijkt er geen aanleiding een verzoek niet te honoreren als de verbreking beoogt een belaste onttrekking aan de risicoreserve te voorkomen.

Daar volgens het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid elke maatschappij haar eigen winst of verlies realiseert, wordt een verlies van een ander concernlichaam dat tot de fiscale eenheid behoort, niet meer behandeld alsof de verliezen zijn geleden door een CFA-lichaam. Een verlies dat een dergelijk concernlichaam lijdt met het verrichten van financieringsactiviteiten, leidt niet meer tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve.

7.2.8 Onbelaste onttrekking

7.2.8.1 Investering binnen fiscale eenheid

Een directe of indirecte kapitaalstorting door het CFA-lichaam in een lichaam dat met het CFA-lichaam tot dezelfde fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting behoort, kan niet tot een onbelaste afname van de risicoreserve leiden. Een binnen fiscale eenheid gevoegd concernlichaam is in haar moedermaatschappij opgegaan en vormt geen deelneming meer in de zin van art. 13 Wet Vpb 1969.²⁸ Daar een kapitaalstorting in een dergelijk concernlichaam per definitie geen kapitaalstorting in een deelneming betreft, kan niet worden voldaan aan de voorwaarden van het vijfde lid. Mocht de activiteit van het gevoegde concernlichaam aangemerkt worden als een buitenlandse vaste inrichting van de moedermaatschappij, dan leidt de investering in het concernlichaam evenmin tot een onbelaste afname van de risicoreserve. Bij een

²⁷ Zie § 7.2.4.1

²⁸ HR 4 juni 1986 BNB 1986/282

investering in een vaste inrichting van het CFA-lichaam is immers geen onttrekking ten laste van de risicoreserve mogelijk²⁹

Ingevolge het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid blijft tussen gevoegde lichamen wel een deelnemingsverhouding bestaan. Een kapitaalstorting in een binnen fiscale eenheid gevoegde deelneming kan mitsdien leiden tot een onbelaste afname van de risicoreserve.

De kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming die kort na de investering in een fiscale eenheid wordt opgenomen waarvan ook het CFA-lichaam deel uitmaakt, kan wel tot een onbelaste afname van de risicoreserve leiden. Een dergelijke investering kan immers aan alle door de wet en de inspecteur gestelde voorwaarden voldoen. De opname in een fiscale eenheid leidt niet tot overtreding van het vervreemdingsverbod.

Indien een deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken, wordt opgenomen in een fiscale eenheid, dient zulks ingevolge voorwaarde V 5 van de modelbeschikking aan de inspecteur te worden gemeld.³⁰ De inspecteur kan dan nadere voorwaarden stellen aan het opgeofferd bedrag. Indien een dergelijke deelneming binnen vijf jaar na voeging wordt ontvoegd uit de fiscale eenheid, zal bij de vaststelling van het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip rekening worden gehouden met de onbelaste onttrekkingen.³¹

7.2.8.2 *Investering door fiscale eenheid in deelneming*

Volgens het vijfde lid moet de kapitaalstorting of verwerving gefinancierd zijn uit het financieringsvermogen van de belastingplichtige. Het gebruik van het woord 'belastingplichtige' duidt erop dat binnen een fiscale eenheid niet noodzakelijkerwijs kapitaal hoeft te worden onttrokken aan het vermogen van het CFA-lichaam. Binnen fiscale eenheid kunnen verschillende lichamen concernfinancieringsactiviteiten verrichten.³² Een financiering uit één van deze financieringsvermogens lijkt toereikend. Volgens de staatssecretaris komt de eis van art. 15b, vijfde lid, er evenwel op neer dat binnen fiscale eenheid feitelijk kapitaal moet zijn onttrokken aan het vermogen dat wordt aangewend voor financieringsactiviteiten van het lichaam dat de risicoreserve aanhoudt.³³ Volgens het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid blijven de maatschappijen die van een fiscaal eenheid deel uitmaken zelfstandig belastingplichtig. Dit betekent voor de uitleg van art. 15b, vijfde lid, dat de kapitaal-

²⁹ Zie § 6.3.2.3.

³⁰ Zie § 3.4.9.5.

³¹ Zie § 7.2.9.1.

³² Zie § 7.2.4.2.

³³ EK vergaderjaar 1996-1997 24 696 nr. 52b. Memorie van antwoord blz. 12.

storting of verwerving gefinancierd moet zijn uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam zelf.

Het verstrekken van een lening aan een concernlichaam (tussenhoudster of moedermaatschappij) voor een kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming, kan niet onbelast in mindering worden gebracht op de risicoreserve. Een uitzondering op deze regel wordt gemaakt in de tweede volzin van voorwaarde V 8 van de modelbeschikking. Indien

- a de tussenhoudster is opgenomen in een fiscale eenheid,
- b de tussenhoudster geen andere activiteiten heeft dan het houden van deelnemingen,
- c het gebruik van de tussenhoudster overwegend is ingegeven door niet-fiscale motieven, en
- d de tussenhoudster de lening aanwendt ter verwerving van een deelneming of een kapitaalstorting, kan ter zake van de aanwending door de tussenhoudster een bedrag onbelast aan de reserve worden onttrokken. Over deze tegemoetkoming wordt in de wettekst of parlementaire behandeling met geen woord gerept.

Voorwaarde V 8 stelt strikt genomen niet de voorwaarde dat het CFA-lichaam in een fiscale eenheid met de tussenhoudster moet zijn opgenomen. Daar deze uitzondering opgenomen lijkt te zijn omdat binnen fiscale eenheid de lening en de rentebetalingen voor de vennootschapsbelasting niet zichtbaar zijn, lijkt dit vereiste impliciet opgesloten te liggen in voorwaarde V 8. Binnen fiscale eenheid kan zich niet de situatie voordoen dat de tussenhoudster de rentelast aftrekt tegen het reguliere tarief en de rentebate voor 80% aan de risicoreserve worden toegevoegd, en er daarnaast een onbelaste onttrekking aan de risicoreserve plaatsvindt. De in voorwaarde V 8, tweede volzin, genoemde vereisten, zijn dezelfde als vermeld in voorwaarde IV. Met dien verstande dat volgens onderhavige voorwaarde, in tegenstelling tot voorwaarde IV, het CFA-lichaam niet als moedermaatschappij van de fiscale eenheid behoeft te fungeren. De vraag rijst of uitsluitend de leningverstrekking aan een tussenhoudster kwalificeert, of dat ook een leningverstrekking aan een moedermaatschappij binnen fiscale eenheid toereikend is. Ofschoon voorwaarde V 8 expliciet spreekt van een leningverstrekking aan een tussenhoudster, zou gezien de strekking van deze uitzondering, ook een leningverstrekking aan een moedermaatschappij binnen fiscale eenheid moeten kwalificeren. Overigens moet de tussenhoudster of de moedermaatschappij de lening wel aanwenden voor een reële investering in een deelneming.

Volgens het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid vindt de belastingheffing van de tot de fiscale eenheid behorende maatschappijen plaats op basis van volledige consolidatie van de enkelvoudige winsten. Uit deze consolidatie volgt dat het resultaat behaald met leningverstrekkingen binnen fiscale eenheid niet in het fiscaal eenheidsresultaat tot uitdrukking komt. Onder het voorgestelde regime kan mitsdien het bepaalde in voorwaarde V 8 onverkort van toepassing blijven.

7.2.9 Verbreking fiscale eenheid

7.2.9.1 *Opgeofferd bedrag*

In voorwaarde V.6 is aangegeven op welke wijze het opgeofferd bedrag op het splitsingstijdstip van een fiscale eenheid moet worden vastgesteld. Het opgeofferd bedrag van een deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de risicoreserve zijn onttrokken wordt berekend zoals aangegeven in de 11e standaardvoorwaarde fiscale eenheid. Teneinde dubbele verliesneming in het geval van liquidatie te voorkomen, moeten hierop vervolgens in mindering worden gebracht alle onbelaste onttrekkingen die ter zake van die deelneming hebben plaatsgevonden.³⁴ Deze vermindering vindt overigens alleen dan plaats indien de ontvoeging plaatsvindt binnen vijf jaar na de voeging in de fiscale eenheid.

De 11e standaardvoorwaarde, onderdeel b, luidt als volgt: 'Voor de toepassing van art. 13d van de Wet wordt het voor de verkrijging van de aandelen in de dochtermaatschappij opgeofferde bedrag op het splitsingstijdstip gesteld op het voor de vennootschapsbelasting in aanmerking te nemen zuivere vermogen van de dochtermaatschappij, nadat dit is verminderd met de toelaatbare reserves.' Behoeven de fiscale reserves als gevolg van de splitsing niet te worden opgeheven, dan wordt het opgeofferd bedrag van de ontvoegde dochtermaatschappij gesteld op het zuiver vermogen van de dochter ten tijde van de splitsing, verminderd met de fiscale reserves. De vraag rijst of onder de toelaatbare reserves tevens de risicoreserve is begrepen. Met de toelaatbare reserves zijn in ieder geval de fiscale reserves ingevolge art. 13 en 14 Wet IB 1964 bedoeld. Daar de risicoreserve een element is van het fiscaal vermogen, lijkt de risicoreserve eveneens tot de toelaatbare reserves te behoren.

Volgens het voorgestelde art. 15, elfde lid, Wet Vpb. 1969, kunnen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels worden gegeven voor de toepassing van art. 13d Wet Vpb. 1969. Ten tijde van dit schrijven is de tekst van de algemene maatregel nog niet bekend.

7.2.9.2 *Risicoreserve volgt CFA-lichaam*

Na verbreking van een fiscale eenheid worden de gevoegde maatschappijen zelfstandig belastingplichtig. De vermogensbestanddelen volgen de maatschappij waartoe de

³⁴ Strikt genomen lijkt de vijfjaarstermijn niet van toepassing in de volgende situatie: CFA-lichaam X verwerft deelneming Y. Het opgeofferd bedrag van deelneming Y wordt vastgesteld op 200 minus 100, ofwel 100. Deelneming Y brengt vervolgens binnen fiscale eenheid haar onderneming in in een nieuw op te richten dochtervennootschap Z. Na drie jaar wordt dochtervennootschap Z ontvoegd. Gesteld dat het zuivere vermogen van Z nog immer 200 bedraagt, wordt het opgeofferd bedrag voor dochtervennootschap Z in beginsel gesteld op 200. Indien Z nadien wordt geliquideerd zal het verlies dientengevolge dubbel kunnen worden genomen.

activa en passiva civielrechtelijk behoren. De vraag rijst met welke maatschappij de fiscale risicoreserve meegaat na verbreking van een fiscale eenheid. Blijft de risicoreserve achter bij de moedermaatschappij, of volgt de risicoreserve het CFA-lichaam? Mocht de risicoreserve achterblijven bij de moedermaatschappij, dan zal deze maatschappij veelal niet voldoen aan de voorwaarden van art. 15b, eerste lid. De financieringsactiviteiten worden immers verricht vanuit het CFA-lichaam. Als gevolg hiervan dient de risicoreserve verplicht aan de regulier belaste winst te worden toegevoegd. Daar een dergelijk gevolg niet gewenst is, ligt het meer voor de hand de risicoreserve het CFA-lichaam te laten volgen. Onder de voorgestelde regeling doet voornoemde vraag zich niet meer voor. Als gevolg van de zelfstandige belastingplicht van het CFA-lichaam, zal de risicoreserve na verbreking van de fiscale eenheid meegaan met het CFA-lichaam.

7.2.9.3 Toepassing 12e standaardvoorwaarde

De 12e standaardvoorwaarde bepaalt: 'In de vermogensopstelling van de combinatie per het einde van het jaar, onmiddellijk voorafgaande aan het splitsingstijdstip, kan het bedrag van de reserves als bedoeld in de art. 13 en 14 van de Wet IB 1964 niet overtreffen het totaal van de bedragen die deze reserves volgens goed koopmansgebruik bij de moeder- en dochtermaatschappij zouden hebben belopen als zij afzonderlijk belastingplichtig zouden zijn geweest.' Het is blijkbaar niet de bedoeling dat de na splitsing zelfstandig belastingplichtige lichamen een ruimere reserveringsmogelijkheden hebben dan in de situatie waarin deze lichamen geen deel uitgemaakt zouden hebben van een fiscale eenheid. De vraag rijst of deze standaardvoorwaarde tevens ziet op de risicoreserve in de zin van art. 15b Wet Vpb 1969. Aangezien de risicoreserve niet is genoemd, lijkt deze voorwaarde niet te zien op de risicoreserve. Mocht de 12e standaardvoorwaarde desondanks zien op de risicoreserve dan betekent dit dat indien het CFA-lichaam dankzij de financieringsactiviteiten van gevoegde dochtermaatschappijen een risicoreserve kan aanhouden, deze reserve per het einde van het jaar onmiddellijk voorafgaande aan het splitsingstijdstip, aan de winst moet worden toegevoegd. Indien beide vennootschappen apart belastingplichtig waren geweest, zou immers nooit een risicoreserve gevormd kunnen worden. Voorts zou deze voorwaarde betekenen dat ingeval het CFA-lichaam financieringswinst van gevoegde dochtermaatschappijen heeft gedoteerd aan de risicoreserve, deze reservering per het einde van het jaar voorafgaande aan het splitsingstijdstip, ongedaan gemaakt moet worden. Ook ingeval het CFA-lichaam dankzij de fiscale eenheid ter zake van de overnamekas hogere dotaties kan plegen, moeten deze reservering per het einde van het jaar voorafgaande aan het splitsingstijdstip, ongedaan gemaakt worden.

In het wetsvoorstel herziening regime fiscale eenheid is niets opgemerkt omtrent het bepaalde in de 12e standaardvoorwaarde. Waarschijnlijk zullen op grond van het voorgestelde art. 15, elfde lid, Wet Vpb 1969, in een algemene maatregel van be-

stuur nadere regels gesteld worden. De tekst van deze algemene maatregel is op het moment van dit schrijven nog niet bekend.

7.2.9.4 *Toepassing 16e standaardvoorwaarde*

Binnen een fiscale eenheid kan de ene maatschappij een risicoreserve vormen ter zake van financieringswinst van een andere gevoegde maatschappij. Voorts kan een onbelaste afname van de risicoreserve plaatsvinden als gevolg van een verwerving door een andere gevoegde maatschappij. Binnen een combinatie kan de financieringswinst van de ene vennootschap dus worden aangewend ter afboeking van het opgeofferd bedrag van een door een andere gevoegde maatschappij verworven deelneming. De vraag rijst in hoeverre de aanwending van de risicoreserve door een ander lichaam dan het lichaam dat de financieringswinst heeft behaald, is aan te merken als een transactie in de zin van de 16e standaardvoorwaarde.

Ten aanzien van de vervangingsreserve – waarbij de boekwinst van de ene gevoegde vennootschap wordt aangewend ter afboeking op de aanschaf van een vervangend bedrijfsmiddel bij een andere gevoegde vennootschap – is deze vraag bevestigend beantwoord. Aangezien een vervangingsreserve op één lijn te stellen is met stille reserves, brengt naar de mening van de staatssecretaris de strekking van de 16e standaardvoorwaarde mee dat het aanwenden van een vervangingsreserve door een ander lichaam dan het lichaam dat de desbetreffende boekwinst heeft behaald, is aan te merken als een transactie in de zin van de 16e standaardvoorwaarde.³⁵

De risicoreserve wordt gevoed door het resultaat uit de financieringsactiviteiten en de opbrengst uit de overnamekas. De rentebaten uit verstrekte geldleningen, de vergoeding ter zake van financieel administratieve dienstverlening, controlling en factoring, en de opbrengst uit de overnamekas, bevatten geen stille reserve. De aanwending van de risicoreserve door een ander gevoegd lichaam, leidt mitsdien niet tot een transactie in de zin van de 16e standaardvoorwaarde.

Tot de financieringswinst welke aan de risicoreserve gedoteerd kan worden, behoort evenwel ook de boekwinst op concernleningen en de vervreemdings- of opwaarderingswinst van een bedrijfsmiddel dat ter beschikking wordt gesteld aan een con-

35. Zie toelichting 8.4 bij de 16e standaardvoorwaarde fiscale eenheid, Resolutie staatssecretaris van Financien, 30 september 1991, nr. DB91/2309, BNB 1991/329

De gelijkschakeling van de vervangingsreserve met een stille reserve is niet zuiver. Een vervangingsreserve wordt immers pas omgevormd tot een stille reserve zodra deze wordt afgeboekt van de kostprijs van het vervangend object. Zie R.J. de Vries, Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een fiscale eenheid, Fiscale monografie nr. 74, Kluwer Deventer, 1996, blz. 163 en 164, en K. Rijkse, Het instituut van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Fiscale brochures, FED Deventer, 1996, blz. 68. Anders R. Russo, Vervangingsreserve, Fiscale monografie nr. 62, Kluwer Deventer, 1993, blz. 146

cernlichaam.³⁶ Wordt de risicoreserve door een ander gevoegd lichaam aangewend voor de investering in een deelneming, dan rijst de vraag of analoog aan het betoog van de staatssecretaris ten aanzien van de vervangingsreserve, sprake is van een transactie in de zin van de 16e standaardvoorwaarde.

Van een transactie ingevolge de 16e standaardvoorwaarde is sprake indien de omvang van de stille reserves en/of goodwill in het vermogen van de te ontvoegen dochtermaatschappij gedurende de fiscale eenheid is toe- of afgenomen.³⁷ Wordt de risicoreserve ingevolge art. 15b, vijfde lid, door een gevoegde dochtermaatschappij van het CFA-lichaam aangewend voor een investering in een deelneming, dan leidt zulks tot een vermindering van het opgeofferd bedrag van de deelneming. Als gevolg van de vermindering zal een toekomstig afwaarderings- of liquidatieverlies ter zake van de deelneming, worden gereduceerd. De aanwending van de risicoreserve wordt – in tegenstelling tot de aanwending van een vervangingsreserve – bij de dochtermaatschappij evenwel niet in mindering gebracht op de fiscale boekwaarde van de deelneming. De onttrekking aan de risicoreserve leidt mitsdien niet tot de vorming van een stille reserve bij de gevoegde dochtermaatschappij. Van een transactie in de zin van de 16e standaardvoorwaarde is om die reden geen sprake. Dat in geval van liquidatie van de deelneming de dochtermaatschappij een latente vennootschapsbelastingclaim van het CFA-lichaam heeft overgenomen, doet hier niet aan af.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X vervreemdt een bedrijfsmiddel dat tot het financieringsvermogen behoort. De boekwaarde van het bedrijfsmiddel bedraagt 100. De vervreemdingsprijs is 250. De boekwinst ad 150 behoort tot de financieringswinst. Een bedrag van 120 kan in beginsel aan de risicoreserve worden toegevoegd.

De met X gevoegde dochtermaatschappij Y verwerft een deelneming voor een bedrag van 240. Ingevolge art. 15b, vijfde lid, kan een bedrag van 120 onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken, mits dit bedrag aan het financieringsvermogen van X wordt onttrokken. Het opgeofferd bedrag voor de deelneming wordt verminderd tot 120. Als gevolg van de vermindering zal een toekomstig afwaarderings- of liquidatieverlies ter zake van de deelneming, worden gereduceerd. De fiscale boekwaarde van de deelneming bedraagt 240. De aandelen in Y worden vervolgens verkocht voor 240. De deelneming in Y wordt op het splitsingstijdstip gesteld op het zuiver vermogen van Y, zijnde 240. Als gevolg van het ontbreken van een stille reserve leidt de aandelenvervreemding niet tot een vermogensvermeerdering bij X.

³⁶ Zie § 5.2.2.4.1.

³⁷ H.G.M. Dijkstelbloem, *Fiscale faciliteiten bij interne reorganisaties van naamloze en besloten vennootschappen*, Fiscale monografie nr. 37, Kluwer Deventer, 1984, blz. 268, en R.J. de Vries, *Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een fiscale eenheid*, Fiscale monografie nr. 74, Kluwer Deventer, 1996, blz. 54.

Het bepaalde in de 16e standaardvoorwaarde is in het voorgestelde regime geregeld in art. 15ai Wet Vpb. 1969. Ook in de nieuwe regeling kan de sanctie eerst in werking treden na een transactie binnen fiscale eenheid waarbij met stille reserves is geschoven. Nu bij de aanwending van de risicoreserve geen stille reserves worden verschoven, zal ook onder het nieuwe regime geen sanctie worden opgelegd, ingeval een gevoegde dochtermaatschappij van het CFA-lichaam de risicoreserve aanwendt voor een investering in een deelneming.

7.3 KAPITAALSBELASTING

Alvorens het CFA-lichaam financieringsactiviteiten kan verrichten, dient het lichaam te beschikken over concernfinancieringsvermogen. Dit vermogen kan zowel bestaan uit eigen als vreemd vermogen. Beschikt een reeds bestaand lichaam over voldoende middelen, dan behoeft geen additionele inbreng van vermogen in het CFA-lichaam plaats te vinden. Zijn de beschikbare middelen ontoereikend of wordt een nieuw, in Nederland gevestigd CFA-lichaam opgericht, dan is ter zake van het bijeenbrengen van kapitaal in het lichaam dat de risicoreserve vormt, kapitaalsbelasting verschuldigd.³⁸ De belasting wordt ingevolge art. 35 Wet BRV berekend over de waarde van hetgeen is ingebracht in het CFA-lichaam, dan wel, indien deze hoger is, over de nominale waarde van de door het CFA-lichaam toegekende aandelen. De kapitaalsbelasting is bij het CFA-lichaam aftrekbaar in het jaar waarin de kosten zijn gemaakt. Voorzover het ingebrachte kapitaal is aangewend voor financieringsactiviteiten, komen deze kosten in mindering op de concernfinancieringswinst.³⁹ Deze kosten worden mitsdien tegen een effectief tarief van in beginsel 7% in aanmerking genomen.

Het bijeenbrengen van kapitaal in het CFA-lichaam is vrijgesteld van kapitaalsbelasting ingeval een beroep kan worden gedaan op een van de vrijstellingen van art. 37 Wet BRV. De inbreng is onder meer vrijgesteld in de volgende situaties:

- a. Indien het CFA-lichaam ten minste 75% van de aandelen in een ander lichaam verworft dan wel een bezit van 75% of meer uitbreidt, tegen toekenning van eigen aandelen.
- b. Ingeval het CFA-lichaam eigen aandelen toekent ter zake van de verwerving van het gehele vermogen,⁴⁰ een gehele onderneming of een zelfstandig onderdeel daar-

38. Kapitaalsbelasting wordt geheven als in aandelen verdeeld kapitaal bijeengebracht wordt door een in Nederland gevestigd lichaam. Ter zake van het bijeenbrengen van kapitaal in een Nederlandse vaste inrichting van een in het buitenland gevestigde vennootschap is mitsdien geen Nederlandse kapitaalsbelasting verschuldigd.

39. Zie § 5.2.2.1.

40. HR 29 augustus 1997, BNB 1997/344. De vrijstelling is ook van toepassing indien een gedeelte van het vermogen, te weten de aandelen in het lichaam waarin de kapitaalstorting plaatsvindt, achterblijft →

van van een ander lichaam. De staatssecretaris keurt goed dat de inbreng van een 100%-aandelenpakket wordt aangemerkt als een zelfstandig onderdeel van een onderneming, tenzij het door het 100%-aandelenpakket vertegenwoordigde, gelet op de doelstelling en de activiteiten van de deelneming, geen onderneming kan vormen.⁴¹ Deze goedkeuring lijkt niet in overeenstemming met de bestaande jurisprudentie.⁴² In de arresten HR 23 mei 1990, BNB 1990/204 en HR 27 april 1994, BNB 1994/207 heeft de Hoge Raad namelijk overwogen dat een 100%-deelneming waarvan het vermogen uitsluitend bestaat uit liquide middelen, in het algemeen als zelfstandig onderdeel van een onderneming kan worden aangemerkt. Uit deze arresten blijkt dat de in te brengen deelneming geen onderneming in materiële zin behoeft te drijven.

Tijdens de parlementaire behandeling van de concernfinancieringsregeling deelt de staatssecretaris desgevraagd mede dat de inbreng van leningen, immateriële activa en liquiditeiten in een CFA-lichaam, niet als zelfstandig onderdeel van een onderneming kan worden aangemerkt.⁴³ Daarvoor wordt onder meer verwezen naar het arrest van de Hoge Raad van 27 april 1994, BNB 1994/206, waarin is bepaald dat de inbreng van contanten niet kan worden aangemerkt als de inbreng van een zelfstandig onderdeel van een onderneming.

Indien de vrijgestelde inbreng van een 100%-deelneming gevolgd wordt door een dividenduitkering of kapitaal terugbetaling aan het CFA-lichaam, zal volgens de staatssecretaris door de fiscus niet het leerstuk van *fraus legis* in stelling worden gebracht.⁴⁴ Het dividend of de terugbetaling dient vervolgens wel te worden aangewend voor financieringsactiviteiten in de zin van art. 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb. 1969.⁴⁵ Voorzover deze toezegging door de staatssecretaris is gedaan in

bij de overdragende vennootschap. Hieraan doet niet af dat de inbreng uitsluitend bestaat uit liquide middelen.

41. Resolutie staatssecretaris van Financiën, 4 augustus 1997, nr. VB95/321, V-N 1997, blz. 2992

42. Zie ook J.K. Moltmaker, *Belastingen van rechtsverkeer*, Fiscale monografie nr. 25, Kluwer Deventer, 1997, blz. 150, en W.M.M. van der Beek, *Enkele knelpunten in de toepassing van de vrijstelling van kapitaalsbelasting voor fusies en reorganisaties*, Weekblad 1994, blz. 521. R.T.G. Verstraaten, *Overdrachtsbelasting en kapitaalsbelasting*, Gouda Quint Deventer, 1999, blz. 209 en 210, is in weerwil van de jurisprudentie van mening dat een deelneming geen zelfstandig onderdeel van een onderneming kan vormen. Hij baseert zijn oordeel op HvJ EG 13 december 1991, C-164/90 (Muwi-arrest), Jurisprudentie 1991, 6049, waarin is beslist dat een deelneming niet kan worden beschouwd als een tak van bedrijvigheid.

43. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 4. Enige twijfel zou kunnen bestaan bij de inbreng van vermogensbestanddelen welke tezamen als een actieve concernfinancieringsmaatschappij zouden kunnen kwalificeren. Alsdan lijkt sprake te zijn van een zelfstandig onderdeel van een onderneming.

44. Deze toezegging lijkt de mogelijkheid te bieden de aandelen van een lichaam vol te storten in een land waar geen kapitaalsbelasting wordt geheven, en vervolgens deze aandelen vrijgesteld van kapitaalsbelasting in te brengen in het CFA-lichaam, waarna een kapitaal terugbetaling of dividenduitkering – bijvoorbeeld door middel van een liquidatie van de ingebrachte deelneming – aan het CFA-lichaam plaatsvindt.

45. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 5. Overigens merkt de staatssecretaris slechts op dat de kapitaal terugbetaling niet zal worden bestreden met →

de hoedanigheid van uitvoerend orgaan, kan de belastingplichtige een beroep doen op een gerechtvaardigd vertrouwen dat is opgeroepen door deze uitspraken.⁴⁶

c. Indien het CFA-lichaam alle bedrijfsmiddelen van gelijke aard van de andere concernlichamen verwerft. Volgens de staatssecretaris kan hierbij worden gedacht aan het concentreren in het CFA-lichaam van alle duurzame kapitaalgoederen die met de financieringsactiviteiten samenhangen, of het samenbrengen van alle deelnemingen in buitenlandse financieringsmaatschappijen in het CFA-lichaam.⁴⁷ Bij laatstgenoemde situatie dient wel de centrale spilfunctie van het CFA-lichaam in acht te worden genomen.⁴⁸ Op grond hiervan dienen in beginsel alle buitenlandse concernfinancieringsactiviteiten in het CFA-lichaam te worden ondergebracht.

Indien alle buitenlandse deelnemingen van het concern, ongeacht de deelnemingsgraad, worden ingebracht in het CFA-lichaam, kan eveneens sprake zijn van een vrijgestelde inbreng. Ingevolge het arrest HR 14 januari 1987, BNB 1987/90 kunnen immers alle buitenlandse deelnemingen binnen een concern als bedrijfsmiddelen van gelijke aard worden aangemerkt. Ook de deelnemingen die niet passen binnen enige andere tak van het concern, kunnen als een aparte groep van bedrijfsmiddelen van gelijke aard worden aangemerkt. Hun gelijkheid bestaat uit het feit dat zij ongelijk zijn.⁴⁹

Ingeval de risicoreserve onbelast afneemt als gevolg van een kapitaalstorting door het CFA-lichaam in een in Nederland gevestigde deelneming, is in beginsel kapitaalsbelasting verschuldigd. Slechts indien een beroep kan worden gedaan op enige vrijstelling genoemd in art. 37 Wet BRV, heeft de storting geen gevolgen voor de heffing van kapitaalsbelasting. De staatssecretaris ziet geen reden een uitzondering te maken voor kapitaalstortingen waarvan de middelen afkomstig zijn uit de risicoreserve.⁵⁰

fraus legis. Strikt genomen laat deze opmerking wel ruimte voor bestrijding van een dividenduitkering. Dit lijkt evenwel niet de bedoeling.

46. Zie ook § 4.2.6.1

P.F.E.M. Merks, De kapitaalsbelasting, de staatssecretaris en de risicoreserve ex art. 15b Wet Vpb. 1969, Weekblad 1997, blz. 1089, is van mening dat de staatssecretaris de uitspraken niet gedaan kan hebben in de hoedanigheid van medewetgever, nu niet de Wet BRV doch de Wet Vpb. 1969 parlementair ter discussie stond. De belastingplichtige mag volgens Merks derhalve vertrouwen ontleenen aan de uitspraken van de staatssecretaris. Op basis van het gelijkheidsbeginsel zouden ook de situaties waarin de terugbetaling of dividenduitkering niet wordt aangewend voor financieringsactiviteiten, voor de vrijstelling moeten kwalificeren.

47. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 18.

48. Zie § 2.3.4

49. Zie HR 28 februari 1996, BNB 1996/163

50. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 20

7.4 COMMERCIELE JAARREKENING

De risicoreserve is een fiscale reserve, welke onderdeel uitmaakt van het fiscaal ondernemingsvermogen. De omvang van de risicoreserve wordt extracomptabel bijgehouden. Daar de omvang van de risicoreserve forfaitair wordt vastgesteld en niet wordt afgemeten aan de daadwerkelijk gelopen risico's, zal de risicoreserve niet als een voorziening ex art. 2: 374 BW op de commerciële balans kunnen worden opgenomen. Ingevolge art. 2: 374, vierde lid, BW dient op de commerciële balans wel een voorziening voor belastingverplichtingen opgenomen te worden. Deze bepaling is nader uitgewerkt in de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving.⁵¹ Het uitgangspunt hierbij is dat de toekomstige verplichting zo goed mogelijk wordt geschat.

Tijdens de parlementaire behandeling wordt ten aanzien van de passieve belastinglatentie een drietal situaties onderscheiden:⁵²

- a. Bij een onderneming die het zelf in de hand heeft om aan de voorwaarden voor de vorming van de risicoreserve te blijven voldoen en het niet in de verwachting ligt dat, gezien de financiële positie van de tot het concern behorende lichamen, afboekingen op de reserve nodig zullen zijn, is het aanvaardbaar geen belastinglatentie te vormen;
- b. Is een reëel risico aanwezig dat de risicoreserve moet worden aangesproken, hetzij omdat niet aan de voorwaarden zal kunnen worden voldaan, hetzij omdat het in de verwachting ligt dat op de reserve zal moeten worden afgeboekt wegens bijvoorbeeld nog op te treden verliezen, dan zal een belastinglatentie moeten worden opgenomen met als grondslag het tarief van 35%;
- c. Wordt afrekening tegen het tarief van 10% verwacht omdat de onderneming besluit tegen het gereduceerd tarief af te rekenen,⁵³ dan dient de onderneming een belastinglatentie op te nemen met als grondslag het tarief van 10%.

Mocht er een wijziging optreden in de situatie of in het tarief vennootschapsbelasting, dan treedt uiteraard ook een mutatie op in de voorziening voor latente belastingen.

De voorziening voor latente belastingen kan worden bepaald hetzij op basis van de contante waarde, hetzij tegen de nominale waarde. Een belastinglatentie wordt veelal gewaardeerd tegen de nominale waarde. Bij de waardering tegen contante waarde

51 Raad voor de Jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, Kluwer Deventer, hoofdstuk 272 (Belastingen naar de winst)

52 TK, vergaderjaar 1995-1996, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 48 en 49. Deze passage is ontleend aan een advies dat prof. dr. J. Klaassen van KPMG Accountants op verzoek heeft uitgebracht. Dit advies is gebaseerd op de Richtlijnen van de Raad voor de Jaarverslaggeving. Een afstemming met de Raad zelf heeft niet plaatsgevonden.

53 Op verzoek kan de reserve in gelijke delen gedurende vijf jaar aan de winst worden toegevoegd. De belasting over deze toevoeging bedraagt 10%. Zie § 6.2.3

dient discontering plaats te vinden op basis van de nettorente. Onder nettorente wordt verstaan de voor de desbetreffende rechtspersoon geldende rente voor langlopende leningen onder aftrek van belasting op basis van het effectieve belastingtarief.⁵⁴

De concernfinancieringswinst, ter zake waarvan aan de risicoreserve is gedoteerd, kan in de vorm van dividend worden uitgekeerd aan de aandeelhouder(s), zonder dat dit gevolgen heeft voor de omvang van de risicoreserve. Het dividendbeleid wordt immers bepaald door de commerciële jaarrekening.

Voorbeeld:

CFA-lichaam X behaalt een concernfinancieringswinst van 1000. Een bedrag van 200 is belast tegen het reguliere tarief van 35%. 800 kan aan de risicoreserve worden gedoteerd. X verwacht de risicoreserve te zijner tijd tegen een tarief van 10% af te wikkelen. De voorziening voor latente belastingen wordt gesteld op 80. Van de concernfinancieringswinst ad 1000 kan een bedrag van 850 aan de aandeelhouder(s) worden uitgekeerd. De risicoreserve blijft in stand.

Indien alle concernfinancieringswinst wordt uitgekeerd aan de aandeelhouder(s), loopt het CFA-lichaam het risico dat onvoldoende vermogen aanwezig is voor bijvoorbeeld kapitaalstortingen, welke onbelast in mindering kunnen worden gebracht op de risicoreserve.

54 Raad voor de Jaarverslaggeving, Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, Kluwer Deventer, hoofdstuk 272, alinea 404 en 405.

Deel II Algemene beschouwing van de concernfinancieringsregeling

8.1 INLEIDING

Als gevolg van specifieke fiscale regelingen in andere landen, bedienen Nederlandse concerns zich reeds jaren van buitenlandse concernfinancieringsmaatschappijen. Door de toegenomen internationale fiscale concurrentie beperken de specifieke fiscale regimes voor concernfinancieringsmaatschappijen zich niet meer tot de van oudsher bekende belastingparadijzen. Ook sommige OESO-lidstaten bieden aantrekkelijke fiscale regelingen op dit terrein.¹ Deze ontwikkeling vormt volgens de Nederlandse regering een bedreiging voor de positie van Nederland als internationaal financieel centrum. Teneinde het wegvloeien van concernfinancieringskapitaal uit Nederland tegen te gaan, is met ingang van 24 december 1996 in art. 15b Wet Vpb. 1969 de concernfinancieringsregeling ingevoerd. Volgens de staatssecretaris van Financiën is de verwachting gerechtvaardigd dat de concernfinancieringsregeling er toe zal leiden dat Nederlandse concerns die internationaal werkzaam zijn, de financiering van hun concernonderdelen, weer meer vanuit Nederland zullen laten geschieden.² Voorafgaand aan de invoering van de concernfinancieringsregeling bestond de indruk dat in ieder geval een concernfinancieringskapitaal naar Nederland zou terugvloeien ten bedrage van de helft van de geschatte f 15 miljard die in buitenlandse financieringsmaatschappijen van Nederlandse concerns is ondergebracht.³ Per 28 augustus 1998 zijn in totaal 45 positieve beschikkingen afgegeven voor de vorming van een risicoreserve, als gevolg waarvan een concernfinancieringskapitaal van bijna f 22 miljard is of wordt ondergebracht in Nederlandse concernfinancieringsmaatschappijen.⁴ De invoering van de concernfinancieringsregeling lijkt in dit opzicht aan haar doel te beantwoorden.

Voornoemde instrumentele functie van de concernfinancieringsregeling komt hierna aan de orde. Tevens wordt de regeling getoetst aan het gelijkheidsbeginsel en is in

1. Zie Tax expenditures, A review of the issues and country practices, OECD, 1984, en Tax expenditures. Recent experiences, OECD, 1996.

2. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 9.

3. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 15.

4. TK, vergaderjaar 1998-1999, 26 200, nr. 21, Verslag houdende een lijst van vragen en antwoorden, blz. 33 en 34.

dit hoofdstuk de grondslag van de risicoreserve bezien en de plaats die zij inneemt in het fiscale winstbegrip.

8.2 INSTRUMENTELE FUNCTIE

Ter bevordering van de internationale concurrentiepositie worden in toenemende mate fiscale instrumenten gebruikt om het investerings- en vestigingsklimaat van een land te verbeteren. Op het gebied van het aantrekken van buitenlandse investeringen dreigde volgens de Nederlandse regering de positie van Nederland ten opzichte van andere landen te verslechteren. In het belang van de ontwikkeling van de Nederlandse economie en de werkgelegenheid is het dan ook gewenst dat de fiscale infrastructuur wordt versterkt.⁵ De concernfinancieringsregeling ex art. 15b Wet Vpb. 1969, is een maatregel welke in het kader van de versterking van de Nederlandse fiscale infrastructuur is ingevoerd. De invoering van deze regeling kent een tweeledig doel. Ten eerste beoogt de invoering van art. 15b, in samenhang met de aanscherping van de deelnemingsvrijstelling voor buitenlandse financieringsmaatschappijen, het tegengaan van het vertrek van concernfinancieringskapitaal vanuit Nederland. Met andere woorden, de concernfinancieringsregeling tracht, geflankeerd door de aanscherping van de deelnemingsvrijstelling, de uitholling van de Nederlandse vennootschapsbelastinggrondslag te voorkomen.⁶ In de tweede plaats wordt met de invoering van de concernfinancieringsregeling getracht vertrokken financieringsactiviteiten terug te halen en nieuwe activiteiten aan te trekken.⁷ Hiermede beoogt de wetgever de ontwikkeling van de Nederlandse economie en de werkgelegenheid te dienen. Uit laatstgenoemde overweging volgt dat de concernfinancieringsregeling behalve een klassieke, budgettaire functie, met name een instrumentele functie heeft.⁸ De regeling wordt namelijk gebruikt als instrument in het kader van economische beleidsdoelstellingen.⁹

5. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 2.

6. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 29: 'Opzet en karakter van de regeling – het tegengaan van de uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag – brengt met zich mee dat de financieringsactiviteiten feitelijk vanuit Nederland moeten worden vernicht.'

7. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 6.

TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 4, Verslag, blz. 9: 'Vanzelfsprekend worden financieringen waarbij enige kans op verlies aanwezig is niet in "tax havenachtige" structuren ondergebracht. Verliezen worden bij voorkeur geleden onder het normale tarief. Het doet dus vreemd aan om betrekkelijk risicoloze financieringen naar Nederland te halen middels een regeling die is gebaseerd op de gedachte dat grote risico's worden gelopen.'

8. Aldus ook de conclusie van een onderzoek van de Algemene Rekenkamer naar de effectiviteit van fiscaal instrumentele maatregelen (TK, vergaderjaar 1998-1999, 26 452, nrs. 1-2).

9. Voorbeelden van instrumentalisme zijn het gebruik van fiscale instrumenten ter bevordering van de volksgezondheid, de werkgelegenheid of een schoner milieu.

Voor een beschouwing over het belastingrecht als beleidsinstrument zij verwezen naar D.A.M. Meeles, De nevendoeleinden van de belastingheffing, Van Dijkbundel, FED Deventer, 1988, blz. 243-262, W.A. Vermeend, Instrumentalisering van het belastingrecht, Weekblad 1996, blz. 209-213, R.E.C.M. Niessen, Instrumentalisme en belastingrecht, Weekblad 1997, blz. 653-662, G.A.C. Alders en M. de Rijke, →

8.3 GELIJKHEIDSBEGINSEL

8.3.1 Inleiding

Tegen de inzet van de belastingwetgeving als beleidsinstrument bestaat geen principeel bezwaar.¹⁰ Het belastingrecht kan als middel fungeren om sociale en economische doelstellingen te realiseren. Er kan een onderscheid worden gemaakt in fiscale stimulerings- en ontmoedigingsregelingen.¹¹ Indien bepaald gedrag gestimuleerd moet worden, worden de kosten van bepaalde gewenste activiteiten verlaagd. Bepaald gedrag wordt ontmoedigd door de kosten van bepaalde ongewenste activiteiten te verhogen.

Het gebruik van fiscale instrumenten mag niet leiden tot strijd met het gelijkheidsbeginsel, één van de grondbeginselen van het (fiscale) rechtsstelsel.¹² Een fiscale facilitering mag er niet toe leiden dat gelijke gevallen ten onrechte ongelijk worden behandeld. Slechts ingeval een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat, mogen gelijke gevallen verschillend worden behandeld. In geval van vermeende rechtsongelijkheid zal de rechter de betreffende fiscale regeling toetsen aan het in internationale verdragen gepositieerde gelijkheidsbeginsel.¹³ Met name art. 26 van het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR ofwel BUPO) is in dit kader van belang.¹⁴ Hierna wordt bezien in hoeverre de toepassing van de concernfinancieringsregeling kan leiden tot rechtsongelijkheid.

Inzet fiscale stimuleringsregelingen te vanzelfsprekend, Weekblad 1999, blz. 945-949, J. L. M. Gribnau, *Beleidsinstrument of recht? Het belastingrecht op een kruispunt*, TFO 1999, blz. 129-146, en M. H. Leenders, *De ontoording van het fiscaal instrumentalisme*, FED Deventer, 1999.

10 Zie ook H. J. Hofstra, *Inleiding tot het Nederlands belastingrecht*, Kluwer Deventer, 1992, blz. 115, R. E. C. M. Niessen, *Over de legitimatie van belastingheffing*, Geppaartbundel, Kluwer Deventer, 1996, blz. 155, en J. L. M. Gribnau, *Grenzen aan instrumentalisering*, Weekblad 1997, blz. 808.

11 Zie het rapport *Belastingen als beleidsinstrument*, van de Algemene Rekenkamer, TK, vergaderjaar 1998-1999, 26 452, nrs. 1-2.

12 Voor een uitgebreide beschouwing over het gelijkheidsbeginsel als beginsel van behoorlijke regelgeving zij verwezen naar R. H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming*, Fiscale monografie nr. 77, Kluwer Deventer, 1996, blz. 373 e.v.

13 Ook art. 1 van de Grondwet bevat het gelijkheidsbeginsel. Ingevolge art. 120 van de Grondwet mag de rechter wetten in formele zin evenwel niet toetsen aan de Grondwet.

14 Uit HR 14 juni 1995, BNB 1995/252 volgt impliciet dat behalve natuurlijke personen ook rechtspersonen zich kunnen beroepen op art. 26 IVBPR. Sinds het arrest HR 8 juli 1988, BNB 1988/302, waarin de Hoge Raad voor het eerst een wet in formele zin toetst aan het gelijkheidsbeginsel in art. 26 IVBPR, is een omvangrijke jurisprudentie ontstaan waarin een beroep is gedaan op art. 26 IVBPR. Zie onder meer HR 15 juli 1998, BNB 1998/293, HR 12 mei 1999, BNB 1999/271, en HR 16 juni 1999, BNB 1999/287.

8.3.2 Beperking door vierlanden- of tweecontinenteneis

Teneinde een risicoreserve te kunnen vormen, moet het CFA-lichaam financieringsactiviteiten verrichten ten behoeve van concernlichamen in ten minste vier landen of twee continenten. De vraag rijst waarom concerns met een beperkt aantal buitenlandse vestigingen, maar welke concerns wel risico's lopen met betrekking tot internationale werkzaamheden, de concernfinancieringsregeling niet mogen toepassen. Volgens de parlementaire toelichting is de grondslag van de concernfinancieringsregeling gelegen in de risico's verbonden aan het internationaal werkzaam zijn.¹⁵ De internationale spreiding van activiteiten wordt gewaarborgd door de vermogens- en inkomstentoets van art. 15b, tweede lid. Niet valt in te zien dat een concern dat niet aan de vier landen- of twee continententoets voldoet, doch wel concernfinancierings- en houdsterisico's loopt, niet binnen het kader van de vermogens- en inkomstentoets aan de risicoreserve mag doteren.¹⁶ Voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling bestaat geen relevant verschil tussen bijvoorbeeld een concern met één concernlichaam in Europa en één in Zuid-Amerika, en een concern met twee concernlichamen in Europa. Voor een ongelijke fiscale behandeling van beide concerns is slechts plaats indien daarvoor een redelijke en objectieve rechtvaardiging bestaat. Het feit dat de concernfinancieringsregeling beoogt internationale concerns te stimuleren hun buitenlandse financieringsmaatschappijen naar Nederland te verplaatsen, is geen rechtvaardiging voor een selectieve toepassing van de regeling. Aangezien ook anderszins geen rechtvaardiging aangevoerd is voor de door de vierlanden- of tweecontinenteneis opgeroepen ongelijkheid, lijkt sprake te zijn van een discriminerende voorwaarde.¹⁷

8.3.3 Beperking dotatiemogelijkheid tot internationale activiteiten

Ingevolge art. 15b, tweed lid, onderdeel a, mag het financieringsvermogen van het CFA-lichaam in beginsel voor maximaal 10% aangewend zijn voor de financiering van Nederlandse concernlichamen. Bij overschrijding van de 10%-norm behoort de financieringswinst die is behaald met het vermogen waarmee de norm is overschreden, niet tot de dotatiegrondslag. Voorts wordt het internationale karakter van de

15 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31

16 Zie ook M.L.B. van der Lande, Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997, blz. 13 en 14 'Waarom multinationals, die in meerdere landen werkzaam zijn, wel een risicoreserve mogen vormen voor financieringsrisico's, die met betrekking tot een buitenlandse dochtermaatschappij worden gelopen en ondernemingen, die slechts in een enkel ander land werkzaam zijn niet, valt niet te verklaren met een verwijzing naar enige rechtsgrond. De enige verklaring voor dat verschil is dat de regeling is ontworpen speciaal met het oog op de in Nederland gevestigde multinationals.'

17 Tijdens de parlementaire behandeling is reeds de vraag opgeworpen of door toepassing van de concernfinancieringsregeling het gelijkheidsbeginsel niet wordt geschaad. Zie TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 7, Nader verslag, blz. 18, en TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 28. Indien de vierlanden- of tweecontinenteneis buiten toepassing blijft, dan behoeft de inkomstentoets van art. 15b, tweede lid, onderdeel b, enige aanpassing.

concernfinancieringsregeling benadrukt door de inkomstentoets van art. 15b, tweede lid, onderdeel b. Deze toets houdt in dat de concernfinancieringswinst per land ten minste 5%, dan wel per continent ten minste 10% bedraagt van de totale in Nederland belastbare inkomsten van het CFA-lichaam uit concernfinancieringsactiviteiten. Zowel de vermogens- als de inkomstentoets waarborgt de internationale spreiding van de financieringsactiviteiten. De dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve neemt toe naar mate meer activiteiten in en richting het buitenland worden ontplooid. Daar de grondslag van de concernfinancieringsregeling is gelegen in de risico's verbonden aan het internationaal werkzaam zijn,¹⁸ lijken de vermogens- en inkomstentoets op het eerste gezicht niet tot een ongerechtvaardigde ongelijkheid te leiden.

Opmerkelijk is evenwel dat ongeacht of een verlies is geleden ter zake van een risico samenhangende met een binnenlandse of een buitenlandse activiteit, een bedrag ter grootte van het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken dient te worden. Een CFA-lichaam dat bijvoorbeeld uitsluitend verliezen lijdt uit financieringsactiviteiten ten behoeve van Nederlandse concernlichamen, dient ter zake van al deze verliezen een bedrag belast aan de risicoreserve te onttrekken. Voor een onttrekking aan de risicoreserve is mitsdien irrelevant of een verlies is geleden ter zake van een risico verbonden aan binnenlandse of buitenlandse activiteiten. Slechts voor de dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve is van belang of de winst is behaald ter zake van binnenlandse of buitenlandse activiteiten. Nu ten aanzien van de risico's geen onderscheid wordt gemaakt tussen binnenlandse en buitenlandse activiteiten, rijst de vraag in hoeverre ter zake van de dotatiemogelijkheid nog een onderscheid gerechtvaardigd is tussen binnenlandse en buitenlandse activiteiten.

De concernfinancieringsregeling kenmerkt zich door het nagenoeg ontbreken van symmetrie tussen de dotatiemogelijkheid en de onttrekkingsverplichting. Indien het CFA-lichaam of een concernlichaam een verlies lijdt ter zake van het houden van deelnemingen of een verlies lijdt uit een buitenlandse vaste inrichting, dan dient een bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden, terwijl de winst die samenhangt met deze activiteiten niet aan de risicoreserve gedoteerd kan worden.¹⁹ De opbrengst van de overnamekas kan daarentegen wel aan de risicoreserve worden gedoteerd, terwijl een verlies voortvloeiende uit de overnamekas, niet aan de risicoreserve onttrokken behoeft te worden. Gezien het ontbreken van symmetrie tussen de activiteiten ter zake waarvan de opbrengsten aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden en de activiteiten ter zake waarvan de verliezen aan de reserve onttrokken moeten

18 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31

19. Hierover bestond tijdens de parlementaire behandeling enige onduidelijkheid. De leden van de CDA-fractie constateren dat verliezen uit vaste inrichting ten laste van de risicoreserve moeten worden gebracht, maar dat de toevoeging aan de reserve niet is gebaseerd op het resultaat van de buitenlandse vaste inrichting. De leden vragen zich dan ook af of het wel juist is dat de verliezen op de reserve in mindering moeten worden gebracht (TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 30)

worden, lijkt in de symmetriegedachte geen argument gevonden te kunnen worden om het onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse activiteiten, te verwerpen

De risico's die voortvloeien uit binnenlandse financieringsactiviteiten zijn vergelijkbaar met de risico's die samenhangen met buitenlandse financieringsactiviteiten²⁰ Zowel een verlies dat wordt geleden ter zake van binnenlandse als ter zake van buitenlandse activiteiten leidt tot een belaste onttrekking aan de risicoreserve. Een nationaal werkzaam concern kan op basis van de vermogenstoets evenwel geen bedragen aan de risicoreserve doteren. Als gevolg van het ontbreken van symmetrie tussen de dotatiemogelijkheid en de onttrekkingsverplichting, kan uit het feit dat verliezen uit binnenlandse activiteiten ten laste van de risicoreserve worden gebracht, niet worden afgeleid dat de opbrengst ter zake van de desbetreffende activiteiten aan de risicoreserve gedoteerd kunnen worden

Aan de symmetriegedachte kan geen argument worden ontleend om de opbrengst uit binnenlandse activiteiten aan de risicoreserve te doteren Een argument kan wellicht worden gevonden in het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor de beperkte dotatiemogelijkheid Het feit dat de grondslag van de regeling is gelegen in de risico's verbonden aan het internationaal werkzaam zijn,²¹ kan immers gezien het ontbreken van symmetrie tussen de dotatiemogelijkheden en de risico's waarvoor de reserve is gevormd, geen rechtvaardiging zijn voor de beperkte dotatiemogelijkheid.

Evenmin kan worden aangevoerd dat een toepassing in binnenlandse verhoudingen leidt tot een afroaming van de Nederlandse heffingsgrondslag Afroaming vindt plaats doordat een Nederlands concernlichaam de betaalde rente volledig aftrekt van haar regulier belaste winst, en het CFA-lichaam de ontvangen rente voor 80% aan de risicoreserve doteert, als gevolg waarvan het effectief tarief in beginsel 7% bedraagt. Deze overweging is als zodanig geen rechtvaardiging voor de beperkte dotatiemogelijkheid De vorming van een reserve uit een ontvangen bate behoeft namelijk niet tot een beperking van de Nederlandse heffingsgrondslag te leiden als de reserve ooit op een regulier belaste wijze vrijvalt De risicoreserve van art. 15b kan behalve tegen het reguliere tarief, ook onbelast vrijvallen of (vrijwillig) vrijvallen tegen een bijzonder tarief van 10% Dit ongebruikelijke afbouwpercentage zou, teneinde een afroaming van de heffingsgrondslag te voorkomen, dan een rechtvaardiging betekenen voor de beperkte dotatiemogelijkheid Daar het bijzondere afbouwpercentage van 10% afwijkt van de Nederlandse belastingstructuur²² kan hierin naar mijn mening geen rechtvaardiging gevonden worden de dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve slechts toe te staan aan internationaal werkzame concerns welke opbrengsten genereren die voortvloeien uit buitenlandse activiteiten

20 In binnenlandse verhouding zal veelal geen valutarisico op verstrekte financieringen worden gelopen

21 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 31

22 Zie § 8.5.4.3

Resteert de vraag of anderszins een objectieve en redelijke rechtvaardiging kan worden gevonden voor de beperkte dotatiemogelijkheid van opbrengsten voortvloeiende uit binnenlandse activiteiten. Eén van de motieven voor invoering van de concernfinancieringsregeling is de ontwikkeling van de Nederlandse economie en werkgelegenheid te stimuleren, door het terughalen van vertrokken concernfinancieringsactiviteiten en het aantrekken van nieuwe activiteiten.²³ Het lijkt betwistbaar of een rechtvaardiging kan worden gevonden in het nastreven van een economisch politiek doel. Indien een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor een beperkte dotatiemogelijkheid ontbreekt, zouden ook de opbrengsten uit binnenlandse financieringsactiviteiten aan de risicoreserve gedoteerd moeten kunnen worden.

8.3.4 Beperking dotatiemogelijkheid tot financieringsactiviteiten en opbrengst overnamekas

De dotatie aan de risicoreserve is niet gerelateerd aan de daadwerkelijke risico's die worden gelopen. Evenmin bestaat enige symmetrie tussen de activiteiten ter zake waarvan de opbrengsten gedoteerd kunnen worden, en de activiteiten ter zake waarvan de verliezen ten laste van de risicoreserve moeten worden gebracht. Het gegeven dat ter zake van verliezen uit financieringsactiviteiten bedragen aan de risicoreserve onttrokken moeten worden, noopt niet automatisch tot de gevolgtrekking dat de winst voortvloeiende uit deze activiteit aan de risicoreserve gedoteerd mag worden. De wetgever had in principe voor elke andere, forfaitaire dotatiemogelijkheid kunnen kiezen. Ten behoeve van een congruente en consistente regeling zouden behalve de opbrengst uit financieringsactiviteiten, ook de opbrengst uit het houden van deelnemingen en de opbrengst uit buitenlandse vaste inrichtingen aan de risicoreserve gedoteerd moeten kunnen worden. Verliezen voortvloeiende uit laatstgenoemde activiteiten komen immers in mindering op de risicoreserve.

8.3.5 Beperking onttrekkingsverplichting tot concernfinancierings- en houdster risico's

De onttrekkingen aan de risicoreserve hangen samen met verliezen uit concernfinancieringsactiviteiten, het houden van deelnemingen en het drijven van een onderneming met behulp van een buitenlandse vaste inrichting. Ofschoon de grondslag van de concernfinancieringsregeling is gelegen in de risico's verbonden aan het internationaal werkzaam zijn, beperken de belaste onttrekkingen aan de risicoreserve zich tot de verliezen uit voornoemde activiteiten. Tijdens de parlementaire behandeling vragen de leden van de PvdA-fractie dan ook waarom de regeling niet geldt voor bijvoorbeeld risico's verbonden aan technologische innovatie. Het antwoord van de staatssecretaris is dat de reden is gelegen in het feit dat de verplaatsing van concern-

23 TK vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5. Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 6.

financieringsactiviteiten naar andere landen een reeds vele jaren bestaand probleem is, dat in sterke mate wordt beïnvloed door fiscale factoren. Het laatste geldt niet voor technologisch innovatieve activiteiten.²⁴ Volgens de staatssecretaris wordt de beperkte onttrekkingsmogelijkheid aan de risicoreserve gerechtvaardigd door economische ontwikkelingen in het verleden, te weten het vertrek van concernfinancieringskapitaal uit Nederland. Een beroep op het gelijkheidsbeginsel omdat een lichaam andere risico's loopt dan de risico's die in art. 15b zijn omschreven, acht de staatssecretaris niet aan de orde, omdat geen enkele belastingplichtige ter zake van deze andere risico's een reserve mag vormen.²⁵

De vraag of een beroep op het gelijkheidsbeginsel enige kans van slagen heeft, is een academische kwestie. Een belastingplichtige heeft immers geen baat bij een uitbreiding van de activiteiten ter zake waarvan de daaruit voortvloeiende verliezen belast aan de risicoreserve onttrokken moeten worden. Slechts indien deze uitbreiding (automatisch) leidt tot een uitbreiding van de dotatiemogelijkheden, is de belastingplichtige hiermede gebaat. Als gevolg van het ontbreken van enige symmetrie tussen de dotatiemogelijkheden en de onttrekkingsverplichtingen, is een uitbreiding van de situaties waarin een belaste onttrekking aan de risicoreserve dient plaats te vinden, voor belastingplichtigen van weinig belang.

8.4 GRONDSLAG RISICORESERVE

De concernfinancieringsregeling vormt een onderdeel van de Wet Vpb. 1969. De grondslag van de risicoreserve dient te worden gezien tegen de achtergrond van de grondslag van de Wet Vpb. 1969. Hierbij zij opgemerkt dat de grondslag voor de Wet Vpb. 1969 niet gelijk is aan de rechtsgrond.²⁶ De rechtsgrond is namelijk de wet zelf. De grondslag heeft betrekking op de juridisch normatieve rechtvaardiging om vennootschapsbelasting te heffen. Aangezien een uitputtende beschouwing over de grondslag van de vennootschapsbelasting het kader van deze studie te buiten gaat, is volstaan met een summiere behandeling.

In Nederland wordt vennootschapsbelasting geheven van vennootschappen zonder dat deze heffing wordt verrekend met de door de aandeelhouders verschuldigde inkomstenbelasting over de uitgekeerde dividenden. De vennootschap wordt als een zelfstandige entiteit beschouwd ten opzichte van haar aandeelhouders. In dit zogenoemde 'klassieke stelsel' staat de vennootschapsbelasting volledig los van de inkomstenbelasting. De winst van een vennootschap wordt eerst belast met vennootschapsbelasting, en vervolgens na uitdeling aan de aandeelhouder, met inkomstenbe-

24. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 44 en 45.

25. TK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 8, Nota naar aanleiding van het nader verslag, blz. 28.

26. Ontleend aan P. den Boer, Boekbespreking, WPNR 1975, blz. 294, en J A G. van der Geld, De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1990, blz. 4.

lasting.²⁷ De vennootschapsbelasting kan in dit stelsel – in tegenstelling tot de zogenaamde geïntegreerde stelsels²⁸ – niet gezien worden als een voorheffing op de inkomstenbelasting. Zo dit laatste het geval zou zijn, kan de grondslag van de vennootschapsbelasting eenvoudigweg ontleend worden aan de grondslag voor de inkomstenbelasting. De algemeen erkende grondslag voor de inkomstenbelasting is het draagkrachtbeginsel. Volgens dit beginsel wordt de belastingdruk verdeeld naar de verhouding van de individuele draagkracht. Daar de inkomstenbelasting het inkomen als maatstaf voor de draagkracht hanteert, wordt de draagkrachtgedachte als grondslag voor de inkomstenbelasting beschouwd.²⁹

Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Vpb. 1969 heeft nauwelijks een discussie plaatsgevonden over de grondslag van de vennootschapsbelasting. Naar het oordeel van de minister en de staatssecretaris zou een dergelijke discussie weinig vruchtbaar zijn. Wel zijn door deze bewindslieden enige argumenten voor de heffing van vennootschapsbelasting uitgesproken. Zij merken namelijk het volgende op: 'In elk geval is een belangrijk motief voor de heffing van vennootschapsbelasting te vinden in de wens versterking van de concurrentieverhoudingen tussen particuliere ondernemingen en NV's te voorkomen. Ook zijn het internationale evenwicht – bijna alle landen heffen immers een vergelijkbare winstbelasting – en het globale evenwicht in de belastingheffing van natuurlijke personen en rechtspersonen van belang. Tenslotte is ook budgettair deze belasting niet weg te denken daar zij een beduidend percentage van de totale belastingopbrengst uitmaakt.'³⁰

Tijdens de parlementaire behandeling is de vennootschapsbelasting onder meer beargumenteerd met de gedachte dat er evenwicht moet bestaan tussen enerzijds ondernemers/natuurlijke personen en anderzijds ondernemingen/rechtspersonen. Aan gezien de winsten van ondernemers/natuurlijke personen direct in de belastingheffing worden betrokken, dienen op basis van het gelijkheidsbeginsel,³¹ ook de winsten van rechtspersonen te worden belast. Uit deze gedachte heeft Grapperhaus de leer van het globale evenwicht geformuleerd, welke als rechtvaardiging dient voor de

27. De gevolgen van het klassieke stelsel zijn voor aanmerkelijkbelanghouders gemitigeerd. Zowel de inkomsten uit aandelen als de vermogenswinsten zijn voor de inkomstenbelasting niet belast tegen het progressieve tarief, doch tegen een uniform tarief van 25%.

28. In de geïntegreerde stelsels, zoals voorkomend in bijvoorbeeld Frankrijk, wordt de vennootschapsbelasting verrekend met de door de aandeelhouders verschuldigde inkomstenbelasting. De vennootschapsbelasting wordt gezien als een voorheffing op de inkomstenbelasting. De vennootschap wordt gezien als een verlengstuk van de natuurlijke persoon/aandeelhouders.

29. Zie o.a. H.J. Hofstra en L.G.M. Stevens, *Inkomstenbelasting*, Kluwer Deventer, 1998, blz. 8-12.

30. TK, vergaderjaar 1968-1969, 6000, nr. 25, Verslag van het mondeling overleg met de vaste commissie voor Financien van de Tweede Kamer, vraag 1.

31. Een verschil in rechtsvorm lijkt immers een onvoldoende rechtvaardiging voor een ongelijke belastingdruk.

vennootschapsbelasting.³² Deze leer wordt ook verdedigd door onder meer Roeloffs³³ en Juch³⁴.

Een ander tijdens de parlementaire behandeling genoemd aspect is het budgettaire argument; de belastingopbrengst kan niet worden gemist. Van der Geld is van mening dat het budgettaire argument geen grondslag kan vormen voor de vennootschapsbelasting, doch slechts een verklaring is voor de huidige Wet Vpb. 1969.³⁵

Naast voornoemde argumenten uit de parlementaire behandeling zijn in de literatuur nog andere argumenten voor de heffing van vennootschapsbelasting aangevoerd. Door De Langen zijn een drietal beginselen voor de heffing van vennootschapsbelasting geformuleerd, te weten het profijtbeginzel, het buitenkansbeginzel en het welvaartsbeginzel.³⁶ Volgens het profijtbeginzel is een belastingheffing op zijn plaats in de mate waarin een persoon diensten geniet van de overheid. Ook een vennootschap neemt deel aan het door de overheid gecreëerde rechtsverkeer, en profiteert van de door de overheid gesloten (belasting)verdragen en aangelegde infrastructuur. Indirect profiteert een vennootschap ook van de door de overheid getroffen sociale maatregelen, die een ongestoorde voortgang van de productie waarborgen.³⁷ Nog afgezien van het feit dat het profijt van een individuele vennootschap moeizaam benaderd kan worden, rijst hierbij wel de vraag in hoeverre een profijtheffing afhankelijk behoort te zijn van de winst. Een winstgevende onderneming profiteert immers niet per definitie meer van de overheidsdiensten dan een verliesgevende onderneming.

Het buitenkansbeginzel rechtvaardigt een belastingheffing over een bate voorzover de verkrijger in een bevoorrechte positie verkeert in vergelijking met anderen. Zowel Brüll³⁸ als Juch³⁹ merken het buitenkansbeginzel, enigszins ondersteund door het profijtbeginzel, aan als rechtvaardiging voor de heffing van vennootschapsbelasting. Van der Geld is daarentegen van mening dat van een buitenkans pas sprake is voorzover de aandeelhouder meer geniet dan een normale vergoeding voor het door hem ter beschikking gestelde vermogen. Dit beginzel zou volgens Van der Geld logi-

32 F H M Grapperhaus, De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV, FED Amsterdam, 1966, blz 78

33 L Roeloffs, Dubbele belastingheffing van dividenden, Fiscale monografie nr 22, Kluwer Deventer, 1964, blz 77

34 D Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1974, blz 8

35 J A G van der Geld, De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr 20, Kluwer Deventer, 1990, blz 17

36 W J de Langen, De grondbeginselen van het Nederlands belastingrecht, Samsom Alphen aan de Rijn, 1954

37 Ontleend aan D Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, FED Amsterdam, 1964, blz 274

38 D Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, FED Amsterdam, 1964, blz 281

39 D Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1974, blz 8

scherwijs moeten voeren naar een overwinstbelasting, inhoudende dat de normale vergoeding voor de productiefactor kapitaal niet in de belastbare grondslag begrepen is.⁴⁰

Het buitenkansbeginsel op zich zou aanleiding kunnen zijn de gehele overwinst weg te belasten. Uit economisch oogpunt lijkt zulks evenwel niet wenselijk. Het is voor de welvaart immers van belang dat een financiële stimulans aanwezig is om te ondernemen. Dit zogenaamde welvaartsbeginsel is de tegenkracht van het buitenkansbeginsel. Van de overwinst dient mitsdien een voor de ondernemer acceptabel gedeelte aan de ondernemer toe te komen.

Een andere grondslag die voor de vennootschapsbelasting wordt aangevoerd is de zogenaamde antropomorfe theorie.⁴¹ De constatering van een rechtspersoon is op zich zelf reeds voldoende grond voor belastingheffing. In deze theorie worden lichamen gelijk gesteld met natuurlijke personen. De vennootschap wordt niet gezien als instrument van de aandeelhouders, maar als zelfstandige entiteit welke volledig los staat van de achterliggende natuurlijke personen. Deze visie lijkt zeer wel verdedigbaar voor grote beursvennootschappen. Maar in het merendeel van de gevallen staat de vennootschap niet ver af van de aandeelhouder. Een belastingheffing van de vennootschap treft indirect dan de natuurlijk persoon/aandeelhouder. De antropomorfe visie rechtvaardigt slechts een belastingheffing in de, relatief weinig voorkomende, situatie dat een vennootschap voldoende zelfstandig is.⁴²

In de literatuur bestaat omtrent de grondslag voor de vennootschapsbelasting nauwelijks eenstemmigheid. Zowel in de literatuur als tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Vpb. 1969, worden enige aspecten aangedragen welke, al dan niet tezamen, als rechtvaardigingsgrond voor de vennootschapsbelasting zouden kunnen dienen. De meest overtuigende rechtvaardigingsgrond lijkt gevonden te worden in de zogenaamde evenwichtsgedachte. De vennootschapsbelasting is noodzakelijk om een globaal evenwicht te bewerkstelligen tussen de directe belastingheffing ten aanzien van ondernemers/natuurlijke personen en de heffing van ondernemingen/rechtspersonen. Nu evenwel de belastingdruk voor de Wet Vpb. 1969 aanzienlijk kan afwijken van de fiscale lasten voor de Wet IB 1964, is van een evenwichtsgedachte

40 J.A.G. van der Geld, De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1990, blz. 16.

41 D. Brull, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, FED Amsterdam, 1964, blz. 260-265, en J.A.G. van der Geld, De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1990, blz. 11-15.

42 J.W. Zwemmer, Verrekenen van verliezen, belastingconsulentendag 1983, FED Deventer, 1983, blz. 24, stelt voor een onderscheid te maken tussen verzelfstandigde lichamen, zoals een grote, ter beurze genoteerde NV, en verlengstuklichamen, zoals een eenmans-BV. Verlengstuklichamen kenmerken zich door een vereenzelviging met de natuurlijke personen die uiteindelijk tot het resultaat van dat lichaam gerechtigd zijn. Een heffing van vennootschapsbelasting is gerechtvaardigd in eerstgenoemde situaties.

geen sprake.⁴³ Een meer evenwichtige situatie wordt wel bereikt ingeval de inkomstenbelastingheffing over de uitgekeerde vennootschapswinst in de vergelijking wordt betrokken. Wordt evenwel geen of weinig dividend uitgekeerd, dan is als gevolg van de divergerende grondslag en tarieven van de inkomsten- en vennootschapsbelasting, veelal geen sprake van een evenwicht. Zouden de grondslag en tarieven van de Wet Vpb. 1969 en Wet IB 1964 wel in evenwicht zijn, dan zal als gevolg van het huidige klassieke stelsel de cumulatieve belastingdruk op de uitgekeerde vennootschapswinst aanzienlijk hoger zijn dan de belastingdruk op de ondernemingswinst van een natuurlijk persoon/ondernemer.⁴⁴ Een dergelijke onevenwichtige cumulatieve belastingdruk kan worden voorkomen door de vennootschapsbelasting te integreren in de inkomstenbelasting, of door uitgedeelde winsten te belasten naar een gematigd tarief. Zolang in Nederland enerzijds de ondernemingswinst van natuurlijke personen rechtstreeks in de belastingheffing wordt betrokken, en anderzijds de ondernemingswinst van rechtspersonen als gevolg van het huidige klassieke stelsel getrapd in de belastingheffing wordt betrokken, zal nimmer een globaal evenwicht worden bereikt.⁴⁵ Met Verburg⁴⁶ en Van der Geld⁴⁷ ben ik derhalve van mening dat er voor de huidige vennootschapsbelasting geen overtuigende grondslag is te vinden.

43. Zie ook J.E.A.M. van Dijk, *Deregulering in het belastingrecht*, Weekblad 1983, blz. 854, en J.A.G. van der Geld, *Hoofdzaken vennootschapsbelasting*, FED Deventer, 1997, blz. 31.

44. Slechts ingeval de vennootschap haar belastingdruk geheel afwentelt op anderen, bijvoorbeeld op afnemers, werknemers of leveranciers, is in economisch opzicht geen sprake van een dubbele heffing. Aangezien niet duidelijk is in welke mate vennootschappen hun belastingdruk afwentelen, ga ik ervan uit dat het klassieke stelsel tot een cumulatie van belastingen leidt.

45. Voor aanmerkelijkbelanghouders zijn de gevolgen van het klassieke stelsel gemitigeerd. Inkomsten uit aandelen en de vermogenswinsten zijn voor de aanmerkelijk belanghouder niet belast tegen het progressieve tarief, maar tegen een uniform tarief van 25%.

Teneinde een evenwicht te bereiken pleit J.E.A.M. van Dijk, *Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm*, Belastingconsulentendag 1984, FED Deventer, 1984, blz. 14, voor een proportionele belastingheffing over ondernemingswinsten, ongeacht de rechtsvorm van de onderneming. Indien de winst aan de onderneming wordt onttrokken, vindt een progressieve heffing van inkomstenbelasting plaats onder verrekening van de reeds geheven ondernemingswinst. Ook P.H.J. Essers, Pleidooi voor een nieuw globaal evenwicht, *Liberale Gifte, vriendenbundel Ferdinand Grapperhaus*, Kluwer Deventer, 1999, blz. 88, bepleit een dergelijke systematiek. De staatssecretaris voelt evenwel weinig voor een dergelijk systeem (TK, vergaderjaar 1997-1998, 25 810, nr. 2, Nota 'Belastingen in de 21e eeuw, een verkenning', blz. 187-188). Volgens M.L.M. van Kempen, *Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen*, Schoordijk Instituut Tilburg, 1999, dienen zowel personenvennootschappen als kapitaalvennootschappen die een objectieve onderneming drijven zelfstandig in de heffing vennootschapsbelasting te worden betrokken. Zij beargumenteert deze opvatting met de stelling dat voor het fiscale recht geen wezenlijke verschillen zouden bestaan tussen enerzijds vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en anderzijds vennootschappen zonder rechtspersoonlijkheid. Een uitvloeisel van deze opvatting is dat een globaal evenwicht wordt gecreeerd ten aanzien van belastingheffing over ondernemingswinsten.

46. J. Verburg, *Vennootschapsbelasting*, Kluwer Deventer, 1984, blz. 10.

47. J.A.G. van der Geld, *De herziene deelnemingsvrijstelling*, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1990, blz. 19.

Aangezien de Wet Vpb. 1969 geen overtuigende grondslag kent, kan de concernfinancieringsregeling niet worden gezien tegen de achtergrond van de grondslag van de Wet Vpb. 1969. Dit neemt niet weg dat wel de vraag gesteld kan worden wat de rechtvaardigingsgrond is van de concernfinancieringsregeling zelf. Zoals in § 8.2 opgemerkt, heeft de concernfinancieringsregeling bovenal een instrumentele functie, te weten de ontwikkeling van de Nederlandse economie en werkgelegenheid. Bij de concernfinancieringsregeling ligt de nadruk op economische argumenten. Een juridisch normatieve rechtvaardiging voor de regeling kan in deze doelstelling niet worden gevonden, doch slechts een verklaringsgrond. Evenals de Wet Vpb. 1969 lijkt ook de concernfinancieringsregeling een rechtvaardigingsgrond te ontberen.

8.5 FISCAAL WINSTBEGRIIP

8.5.1 Inleiding

Teneinde de plaats van de risicoreserve binnen het fiscale winstbegrip te kunnen bepalen, zijn in dit onderdeel de begrippen 'totale winst' en 'jaarwinst' behandeld.

Ingevolge art. 8 Wet Vpb. 1969 wordt de winst opgevat en bepaald op de voet van onder meer art. 7 en 9 Wet IB 1964⁴⁸. In art. 7 Wet IB 1964 is het totale winstbegrip uiteengezet, hetgeen de winst betreft die gedurende het gehele bestaan van de onderneming wordt gerealiseerd. Aangezien de vennootschapsbelasting van jaar tot jaar wordt geheven, wordt de totale winst verdeeld over de verschillende jaren. De som van alle jaarwinsten vormt in beginsel de totale winst. De jaarwinst wordt ingevolge art. 9 Wet IB 1964 bepaald volgens goed koopmansgebruik, met inachtneming van een bestendige gedragslijn welke onafhankelijk is van de vermoedelijke uitkomst. De bestendige gedragslijn kan slechts worden gewijzigd indien goed koopmansgebruik dit rechtvaardigt. Ook in de vennootschapsbelasting geschiedt de berekening van de jaarwinst volgens goed koopmansgebruik, tenzij de wetgever in de Wet Vpb. 1969 anders heeft bepaald.

8.5.2 Totale winst

Ingevolge het totale winstbegrip van art. 7 Wet IB 1964, bestaat de winst uit 'de gezamenlijke voordelen die, onder welke naam en welke vorm ook, worden verkregen uit onderneming'. De totale winst bestaat uit het verschil tussen het eindvermo-

⁴⁸ De in art. 8 Wet Vpb. 1969 aangehaalde artikelen vinden geen toepassing indien dit voortvloeit uit het verschil in wezen tussen het voor de Wet Vpb. 1969 belastingplichtige lichaam en een natuurlijk persoon. Zie onder meer HR 24 oktober 1956, BNB 1956/335 en HR 18 juni 1980, BNB 1980/234. Voor een beschouwing over het verschil in wezen tussen lichamen en natuurlijke personen zij verwezen naar F. van Horzen, *Verskil in wezen tussen lichaam en natuurlijk persoon*, Verburgbundel, Kluwer Deventer, 1994, blz. 87-96.

gen van een onderneming en het beginvermogen. De totale winst wordt bepaald volgens het nominalistisch stelsel. Deze winstbepalingsmethode houdt, in tegenstelling tot substantialistische stelsels, geen rekening met waardeveranderingen van het vermogen van de onderneming. Als gevolg van het nominalistisch stelsel wordt in tijden van inflatie winst genoten, terwijl de waardevermeerdering uitsluitend aan de inflatie is te wijten. Heeft een onderneming een voorraad ingekocht voor 100, en bij het einde van de onderneming bedraagt de waarde van dezelfde, ongewijzigde voorraad 125, dan wordt een winst geconstateerd van 25. Slechts in tijden van hevige inflatie is de wetgever geneigd enige, specifieke inbreuken te maken op het nominalistisch winstbegrip.⁴⁹ Het wezen van het nominalistisch stelsel wordt door deze incidentele inbreuken evenwel niet aangetast.⁵⁰

Als winst kwalificeert al hetgeen meer wordt verkregen uit de onderneming dan hetgeen als vermogen is ingebracht. Kapitaalstortingen, zowel informele als informele, en kapitaalonttrekkingen hebben mitsdien geen invloed op de totale winst.⁵¹ Een mutatie in de kapitaalsfeer leidt niet tot een voordeel dat bij de uitoefening van de onderneming is ontstaan.

De wet kent een aantal inbreuken op de totale winst. Genoemd kunnen worden de objectieve vrijstellingen ex art. 8 Wet IB 1964, de Oort-wetgeving ex art. 8a Wet IB 1964, het zeescheepvaartregime ex art. 8c Wet IB 1964, de (energie-)investeringsaftrek ex art. 11 Wet IB 1964, de scholingsaftrek ex art. 11c Wet IB 1964, en art. 13

49 Zie bijvoorbeeld de Wet tot invoering van een voorraadaftrek en van een vermogensaftrek in de inkomstenbelasting en in de vennootschapsbelasting, alsmede invoering van een beperkte rentevrijstelling en een beperkte dividendvrijstelling in de inkomstenbelasting, Wet van 29 juni 1981, Stb 387

50 H J Hofstra heeft in 1978 namens de minister en staatssecretaris van Financien het Rapport Inflatie-neutrale belastingheffing aangeboden aan de Tweede Kamer. Daarin is voorgesteld het nominalistische winstbegrip te laten vervallen en als totale winst te beschouwen al hetgeen de onderneming meer aan koopkracht oplevert dan daarin aan koopkracht is ingebracht. Deze conceptie werkt uiteraard door in hetgeen jaarlijks als winst valt te belastingen. Ook de jaarwinst dient te worden gezuiverd van inflatiewinst. Als middel hiertoe wordt het hanteren van een indexcijfer voorgesteld (TK, vergaderjaar 1977-1978, 14 932)

51 Ook een voordeel in de kostensfeer behoort ingevolge HR 31 mei 1978, BNB 1978/252, niet tot de winst van het lichaam, en wordt als informeel kapitaal aangemerkt. De Hoge Raad heeft hierop een uitzondering gemaakt in de arresten van 8 juli 1986, BNB 1986/295 en BNB 1986/296. Ondanks dat een vennootschap bevoordeeld wordt door haar aandeelhouder, is geen sprake van een informele kapitaalstorting ingeval voor de aandeelhouder/natuurlijk persoon het kasstelsel geldt. De vermogensstijging behoort alsdan tot de winst van de vennootschap. Anders zou een lek ontstaan, te weten een voordeel dat bij de aandeelhouder niet is belast als gevolg van het kasstelsel, en bij het lichaam een aftrek van de winst ter zake van het genoten voordeel.

Als gevolg van reparatiewetgeving zijn met ingang van 1 januari 1997 enige inkomensficties van toepassing ten aanzien van aanmerkelijk belanghouders. Ingeval afgezien wordt van salaris, huur of rente, wordt bij de aanmerkelijk belanghouder een fictief inkomen in aanmerking genomen. Aangezien de aanmerkelijk belanghouder door de fictie wordt belast, en het lichaam een aftrekbare last heeft voor hetzelfde bedrag, doet het lek zoals dat is gerepareerd is in de arresten HR 8 juli 1986, BNB 1986/293 t/m 297, zich niet voor.

Wet Vpb. 1969. Ook de beperkingen ten aanzien van de verliescompensatie en de beperkte mogelijkheid tot navordering leiden tot inbreuken op het totale winstbegrip.

8.5.3 Jaarwinst

De totale winst wordt ingevolge art. 8 Wet Vpb. 1969 jo. art. 9 Wet IB 1964 verdeeld over de jaren waarin de onderneming wordt gedreven. De jaarwinst is gelijk aan het saldo van alle baten en lasten van de onderneming in enig jaar. De jaarwinst kan ook worden berekend door de vermogensaanwas in enig jaar te corrigeren met de kapitaalstortingen en -onttrekkingen in het desbetreffende jaar. De toerekening van de winst aan een boekjaar geschiedt volgens goed koopmansgebruik en met inachtneming van een bestendige gedragslijn.⁵²

Het begrip 'goed koopmansgebruik' is in de wet niet nader toegelicht. De invulling van het begrip is aan de rechter en de administratie overgelaten.⁵³ Voor het goed koopmansgebruik kan in beginsel worden aangesloten bij de bedrijfseconomische opvattingen. Van dit uitgangspunt wordt afgeweken indien de bedrijfseconomische inzichten botsen met enige bepaling van de belastingwetgeving, of strijdig zijn met de strekking of een beginsel van de belastingwetgeving.⁵⁴ Nu de invulling van het begrip 'goed koopmansgebruik' is overgelaten aan de rechter, heeft het begrip vorm gekregen in een omvangrijke jurisprudentie. Zo heeft de Hoge Raad in HR 18 december 1991, BNB 1992/181, het volgende overwogen: 'De term goed koopmansgebruik betekent niet dat uitsluitend hetgeen gebruikelijk is, noch dat al hetgeen gebruikelijk is daartoe behoort. De term staat niet in de weg aan de toepassing van op zichzelf goede wijzen van winstberekening die niet eerder zijn toegepast, en houdt anderzijds geen waarborg in dat al hetgeen te eniger tijd als goed koopmansgebruik is aanvaard, niet in het licht van latere ontwikkelingen zal moeten worden afgewezen.' In de jurisprudentie zijn meerdere vormen van winstberekening geaccepteerd. Het goed koopmansgebruik schrijft niet dwingend een bepaalde methode voor, maar laat ruimte voor meerdere systemen van jaarwinstberekening. De in de jurisprudentie geaccepteerde methoden van winstberekening hebben gemeen dat de winst op een realistische wijze wordt berekend.

52. Een bestendige gedragslijn van winstberekening mag worden gewijzigd indien de ondernemer geen incidenteel fiscaal voordeel beoogt. Zie bijvoorbeeld HR 14 januari 1970, BNB 1970/68 en HR 14 juni 1978, BNB 1979/181. Voor een beschouwing over het vereiste van de bestendige gedragslijn zij verwezen naar M. de Vries, *De bestendige gedragslijn*, Fiscale brochures, FED Deventer, 1970.

53. EK, vergaderjaar 1962-1963, 5380, nr. 19, Memorie van antwoord, blz. 21 rk.

54. HR 8 mei 1957, BNB 1957/208.

Volgens Brüll kan een drietal elementen van goed koopmansgebruik worden onderscheiden: eenvoud, realiteitszin en voorzichtigheid.⁵⁵ Het eenvoudsbeginnsel houdt in dat het gehanteerde systeem van jaarwinstbepaling praktisch hanteerbaar moet zijn. De realiteitszin gebiedt de baten en lasten aan een jaar toe te rekenen voorzover deze op dat betreffende jaar betrekking hebben. Het realiteitsbeginnsel vormt een begrenzing van het voorzichtigheidsbeginnsel, volgens welk beginnsel de verliezen mogen worden afgetrokken ook al zijn deze nog niet gerealiseerd en de winsten pas behoeven te worden genomen nadat deze daadwerkelijk zijn behaald.

Ingevolge het goed koopmansgebruik kan voor toekomstige uitgaven onder bepaalde omstandigheden een voorziening ten laste van de winst worden gevormd. Volgens HR 26 augustus 1998, BNB 1998/409 (Baksteenarrest) moet daartoe aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:⁵⁶

- a. de toekomstige uitgaven vinden hun oorsprong in feiten en omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan,
- b. de toekomstige uitgaven kunnen aan die periode worden toegerekend, en
- c. er moet een redelijke mate van zekerheid bestaan dat de toekomstige uitgaven zich zullen voordoen.

In dit arrest heeft de Hoge Raad voor het eerst sedert tientallen jaren voor de vorming van een voorziening niet de voorwaarde gesteld dat sprake dient te zijn van een op balansdatum bestaande rechtsverhouding. De staatssecretaris is gezien de verstrekkende budgettaire gevolgen niet bereid enig gevolg te verbinden aan dit arrest, en houdt vast aan de in zijn Besluit van 4 augustus 1997, nr. DB97/2468M, BNB 1997/323, neergelegde voorwaarden.⁵⁷ Op 27 september 1999 is een wetsvoorstel ingediend dat ertoe strekt de gevolgen van het arrest BNB 1998/409 (Baksteenarrest) ongedaan te maken. Dit geschiedt door invoering van art. 9c Wet IB 1964, dat als volgt komt te luiden: 'Bij het bepalen van de in een kalenderjaar genoten winst kan voor toekomstige uitgaven of verrichtingen waar geen vergoedingen tegenover staan, slechts een voorziening worden gevormd indien de uitgaven of verrichtingen voortvloeien uit een bij het einde van het jaar bestaande rechtsverhouding en juridisch afdwingbaar zijn.'⁵⁸

55. D. Brüll, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, FED Amsterdam, 1964, blz 240-253, en D. Brüll, J.W. Zwemmer en R.P.C. Cornelisse, Goed koopmansgebruik, Fiscale brochures, FED Deventer, 1999, blz. 31-63

56. De Hoge Raad bevestigt in HR 23 december 1998, BNB 1999/79, de criteria zoals geformuleerd in BNB 1998/409. Voor een uitvoerige beschouwing over het arrest BNB 1998/409, zij verwezen naar P.F. Goes, Analyse en gevolgen van het Baksteenarrest, Weekblad 1998, blz. 1723-1736

57. Besluit staatssecretaris van Financiën, 3 december 1998, nr. DB98/4462, V-N 1998, blz. 4967-4969

58. TK, vergaderjaar 1998-1999, 26 821, nr. 2, Voorstel van wet

Art. 9c Wet IB 1964 treedt in werking met ingang van de dag na de datum van uitgifte van het Staatsblad waarin de wet wordt geplaatst, en is van toepassing op jaren waarover de aanslag of verliesbeschikking op de datum van inwerkingtreding van de wet nog niet onherroepelijk vaststaat. →

In afwijking van of in ieder geval ter verduidelijking van het goed koopmansgebruik bieden art. 13 en 14 Wet IB 1964, de mogelijkheid een kostenegalisatiereserve en een vervangingsreserve te vormen ten laste van de fiscale winst. Tot 2000 bood art. 13 Wet IB 1964 tevens de mogelijkheid tot vorming van een assurantiereserve en exportrisicoreserve. Als reden voor de afschaffing van deze reserves wordt onder meer aangedragen de inbreuk welke deze reserves vormen op het voor de winstfeer belangrijke begrip goed koopmansgebruik.⁵⁹ Ook volgens de algemene opvatting in de literatuur komen deze reserves pas aan de orde als een passivering op grond van het goed koopmansgebruik niet mogelijk is. Deze reserveringsmogelijkheden vormen een wettelijke aanvulling op het goed koopmansgebruik. De assurantie- en exportrisicoreserve worden mitsdien, evenals de vervangingsreserve, veelal als echte reserves beschouwd.⁶⁰ De wetgever heeft bewust een faciliteit gecreëerd die ruimer is dan goed koopmansgebruik toestaat. Overigens dragen dergelijke faciliteiten in zijn algemeenheid niet bij aan de cohesie van de belastingwetgeving. De kostenegalisatiereserve wordt in de fiscale literatuur in het algemeen als een verduidelijking van het goed koopmansgebruik gezien.⁶¹ Een gelijkmatige verdeling van kosten en lasten vloeit immers voort uit het goed koopmansgebruik.

Het voorgestelde art. 9c Wet IB 1964 is besproken door E. Aardema, Het baksteenarrest in de knop gebroken, Weekblad 1999, blz. 1727-1732, en P.H.M. Flipsen, Wetsvoorstel continuering regime inzake voorzieningen: Als ik geen gelijk krijg, zal ik mijn gelijk halen!, FED 1999/647, blz. 2755-2763.

59 TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 820, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 16-17

Voor de afbouw van de per 31 december 1999 (of het einde van het laatste boekjaar dat eindigt vóór 1 januari 2000) bestaande reserves worden drie mogelijkheden genoemd: – door natuurlijk verloop (afboeking van calamiteiten), – door afboeking van verschuldigde verzekeringspremies, – door de forfaitaire regeling dat de reserve elk jaar met ten minste een tiende gedeelte van de reserve moet afnemen. De vrijval van de reserves geschiedt tegen het reguliere belastingtarief

60 Voor assurantiereserve zie o.a. D. Brull, Rondom het karakter van de reserve assurantie eigen risico, Weekblad 1959, blz. 113-118, J.H. Kat, De kosten-egalisatiereserve en de reserve assurantie eigen risico, Fiscale brochures, FED Deventer, 1976, blz. 20, C.A. van der Beek, De reserve assurantie eigen risico, Weekblad 1977, blz. 909-919, en A.C. Rijkers, De artikelen 12, 13, 14 en 15 van de Wet IB '64 kunnen vervallen, Van Dijkbundel, FED Deventer, 1988, blz. 329. Voor de vervangingsreserve zie o.a. H.J. Hofstra en L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting, Kluwer, 1998, blz. 274. Voor de exportrisicoreserve zie o.a. H. Mobach, L.W. Sillevius, N.H. de Vries, F.H. Lugt, Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting, Gouda Quint Arnhem, onderdeel 2.2.15 E.a.2 (suppl. 291, juli 1999).

Bij vervanging van een bedrijfsmiddel door een ander gelijksoortig bedrijfsmiddel staat goed koopmansgebruik onder bepaalde voorwaarden toe de boekwinst niet als gerealiseerd te beschouwen. Deze zogenaamde ruilgedachte vormt ook de grondslag voor de vervangingsreserve. Desondanks wordt, gezien het ruimere toepassingsbereik van de vervangingsreserve, de vervangingsreserve in zijn algemeenheid als een echte reserve gezien. Medio 1999 is aangekondigd dat in het kader van het voorstel 'tweede tranche maatregelen uit het ondernemingspakket 21e eeuw' de vervangingsreserve wordt omgevormd in een hernieuwingsreserve. Met laatstgenoemde reserve komt met ingang van 1 januari 2001 de vervangings-eis door een gelijksoortig bedrijfsmiddel te vervallen voor bedrijfsmiddelen die niet of in meer dan tien jaar plegen te worden afgeschreven. Dit voorstel is besproken door R. Russo, Het begrip vervanging: een overzicht en de toekomst, Weekblad 1999, blz. 1164-1170.

61. Zie o.a. J.E.A.M. van Dijk, De voorstellen van de Commissie-Stevens in de winstfeer, Weekblad 1991, blz. 1352 en H.J. Hofstra en L.G.M. Stevens, Inkomstenbelasting, Kluwer, 1998, blz. 266.

8.5.4 Plaats van risicoreserve in fiscale winstbegrip

Voor de invoering van de concernfinancieringsregeling was het reeds mogelijk rekening te houden met debiteuren-, valuta- en houdsterisico's. Bij de waardering van vorderingen dient ingevolge goed koopmansgebruik namelijk rekening te worden gehouden met de kansen van inning. De vordering dient gewaardeerd te worden met inachtneming van de relevante feiten en omstandigheden per balansdatum, voorzover deze de ondernemer bekend zijn tot het moment waarop de aanslag onherroepelijk vaststaat.⁶² Een valutarisico kan tot uitdrukking worden gebracht door vorderingen en schulden tegen de valutakoers per balansdatum te waarderen. Ook ter zake van risico's die samenhangen met het houden van deelnemingen bestond reeds de mogelijkheid tot afwaardering van de deelneming. Ter zake van een mogelijke aansprakelijkstelling kan onder omstandigheden een voorziening worden gevormd.

Volgens de staatssecretaris ligt de concernfinancieringsregeling 'in het verlengde van de aard en de opzet van ons nationale fiscale stelsel, dat in zich bergt dat rekening mag worden gehouden met de specifieke risico's waarvoor de ondernemer zich geplaatst ziet'.⁶³ Ten opzichte van de bestaande wetgeving is sprake van 'een verruiming van de mogelijkheid om fiscaal rekening te houden met (potentiele) risico's van verschillende aard en omvang die verband houden met het werkzaam zijn als internationaal concern. Opgemerkt dient te worden dat fiscale (risico)voorzieningen/reserves binnen het Nederlandse belastingstelsel gebruikelijk zijn en ook in andere OESO-landen voorkomen'.⁶⁴ Hierna wordt gezien welke plaats de risicoreserve inneemt in het fiscale winstbegrip.

8.5.4.1 Omvang risicoreserve

De omvang van de risicoreserve wordt forfaitair bepaald volgens het bepaalde in art. 15b Wet Vpb. 1969. De hoogte van de gerealiseerde concernfinancieringswinst en de opbrengst van kortlopende beleggingen is in beginsel bepalend voor de jaarlijkse dotatie aan de risicoreserve en is diensgevolge bepalend voor de omvang van de risicoreserve. De grootte van de risicoreserve wordt niet afgemeten aan de daadwerkelijke risico's welke het CFA-lichaam loopt, en kan dus onbeperkt toenemen. Deze forfaitaire reserveringsmogelijkheid is niet in overeenstemming met het realiteitsvereiste van goed koopmansgebruik, volgens welk vereiste de methode van winstberekening de jaarwinst op een realistische wijze tracht te benaderen. De risico's van een CFA-lichaam zijn zodanig onbepaald dat de risicoreserve volgens de regels van goed koopmansgebruik niet tot de passiva kan worden gerekend. Dit blijkt te meer uit het feit dat dotatie aan de risicoreserve slechts kan plaatsvinden in winstjaren, terwijl een

⁶² HR 15 februari 1989, BNB 1989/144.

⁶³ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 17.

⁶⁴ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Nader rapport, blz. 2.

reservering ingevolge goed koopmansgebruik ook in verliesjaren kan geschieden.⁶⁵ Ook het gegeven dat uitsluitend vennootschapsbelastingplichtige lichamen een risicoreserve kunnen vormen, duidt erop dat een reservering voor de risico's genoemd in art. 15b, eerste lid, niet volgens de regels van goed koopmansgebruik kan plaatsvinden.

Behalve bij de risicoreserve werd ook de omvang van de assurantiereserve en de exportrisicoreserve niet afgemeten aan de daadwerkelijk gelopen risico's.⁶⁶ Beide wettelijke reserves kenden geen kwantitatieve beperking en konden dus onbeperkt oplopen. Ten aanzien van de assurantiereserve zou dit verklaard kunnen worden aan de hand van de aard van de reserve. Na een eerste brand zal bijvoorbeeld de kans op een tweede brand niet kleiner worden. Het risico van enige branden na elkaar blijft bestaan. Een omvangrijke assurantiereserve kan dan in een korte periode aanzienlijk slinken.⁶⁷ Echter, een assurantiereserve die vele malen de waarde van het onverzekerd object overstijgt, zou een toetsing aan het goed koopmansgebruik niet kunnen doorstaan. Aan de exportrisicoreserve kon een bepaald percentage van de exportomzet worden gedoteerd voor debiteuren- en valutarisico's. De omvang van de reserve was gerelateerd aan de exportomzet en kon onbeperkt oplopen. Realistischer zou evenwel zijn geweest om het debiteuren- en valutarisico, al of niet forfaitair te bepalen aan de hand van de omvang van de vorderingen op buitenlandse afnemers. Als argument voor de afschaffing van beide reserves per 1 januari 2000 is onder meer aangevoerd dat de reserves geen plafond kennen. De regelingen zouden om die reden ruimte bieden voor ongewenst gebruik.⁶⁸

8.5.4.2 *Risico's risicoreserve*

Een grondgedachte van de vennootschapsbelasting is dat elk lichaam zelfstandig in de belastingheffing wordt betrokken.⁶⁹ Een voorziening of reserve ziet normaliter op toekomstige kosten of risico's die zich voordoen bij het lichaam dat de desbetreffende voorziening of reserve vormt. De risicoreserve wordt behalve voor bepaalde ver-

65 Zie H J Hofstra en L G M Stevens, *Inkomstenbelasting*, Kluwer Deventer, 1998 blz 265 Goed koopmansgebruik stelt regels voor de winstberekening, en heeft geen betrekking op de winstbestemming Het resultaat in enig jaar heeft mitsdien geen invloed op een passivering ingevolge het goed koopmansgebruik

66 De mogelijkheid tot vorming van een assurantie- of exportrisicoreserve is afgeschaft per 1 januari 2001 Zie § 8.5.3

67 Zie ook D Brull, *Rondom het karakter van de reserve assurantie eigen risico*, Weekblad 1959, blz 118, en J Ch Caanen, *De reserve assurantie eigen risico handhaven of afschaffen?* Weekblad 1996, blz 504

68 TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 820, nr 3, *Memorie van toelichting*, blz 16-17

69 Zie HR 27 september 1995, BNB 1996/18 'Vooropgesteld moet worden dat de Wet Vpb 1969 niet bedoelt moeder- en dochtervennootschappen als één geheel in de belasting te betrekken, doch ervan uitgaat dat een moedervennootschap en haar dochtervennootschappen op zichzelf staande lichamen vormen, die, voorzover de wet niet anders bepaalt, elk afzonderlijk belastingplichtig zijn '

liezen van het CFA-lichaam mede gevormd voor verliezen geleden door andere concernlichamen. Lijdt een ander Nederlands concernlichaam bijvoorbeeld een (aftrekbaar) liquidatieverlies op een deelneming, dan dient het CFA-lichaam een bedrag ter grootte van dat verlies in mindering te brengen op de risicoreserve en toe te voegen aan de belastbare winst.

Ook in art. 15 Wet Vpb. 1969 wordt een inbreuk gemaakt op de zelfstandigheid van lichamen voor de vennootschapsbelasting. Ingevolge het regime van de fiscale eenheid wordt belasting geheven alsof de dochtermaatschappij in de moedermaatschappij is opgegaan. Deze inbreuk berust op de zogenoemde verlengstukgedachte,⁷⁰ inhoudende dat de dochtervennootschap een partiële voortzetting is van de moedermaatschappij, zodat de winst van de dochtermaatschappij in wezen eigen winst van de moedermaatschappij is.⁷¹ Het regime van de fiscale eenheid leidt tot een vrijwel volledige beperking van de fiscale zelfstandigheid van de dochtervennootschap. De concerngedachte van art. 15b leidt daarentegen in beginsel niet tot enige inbreuk op de fiscale zelfstandigheid van een ander concernlichaam. Een financieringsverlies geleden door een ander concernlichaam komt op normale wijze ten laste van zijn belastbare winst, ongeacht of binnen concern een CFA-lichaam een risicoreserve heeft gevormd. Slechts indien het CFA-lichaam en het andere concernlichaam ingevolge voorwaarde VI.1 van de modelbeschikking er voor kiezen een belaste onttrekking aan de risicoreserve achterwege te laten, komt een normaal aftrekbaar verlies niet ten laste van de winst van het andere concernlichaam. Een dergelijke keuze leidt tot een beperkte inbreuk op de fiscale zelfstandigheid van het *andere concernlichaam*. De concerngedachte van art. 15b leidt in ieder geval tot een beperkte inbreuk op de fiscale zelfstandigheid van het *CFA-lichaam*. Verliezen geleden door andere concernlichamen beïnvloeden immers de winst van het CFA-lichaam. Het betreft overigens slechts verliezen welke verband houden met financieringsactiviteiten, het houden van deelnemingen en het drijven van een buitenlandse onderneming via een vaste inrichting. Voor het overige zijn zowel het CFA-lichaam als de andere concernlichamen volledig zelfstandig belastingplichtig. De beperkte inbreuk op de fiscale zelfstandigheid van het CFA-lichaam en de andere concernlichamen spoort niet met het uitgangspunt van de vennootschapsbelasting dat ieder lichaam in beginsel volledig zelfstandig belastingplichtig is.

70 Zie o.a. D. Brull, Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale winstbegrip, FED Amsterdam, 1964, blz. 298, D. Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1974, blz. 13, B.A. van Tuyl, Fiscale eenheid, Weekblad 1979, blz. 339, en R.J. de Vries, Samenloop van de fiscale eenheid en de deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, Fiscale monografie nr. 75, Kluwer Deventer, 1996, blz. 44.

71 D. Juch, De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1974, blz. 14.

8.5.4.3 *Vrijval risicoreserve*

Worden binnen concern verliezen geleden ter zake van de in art. 15b, eerste lid, genoemde risico's, dan dient in beginsel een bedrag ter grootte van het geleden verlies ten laste van de risicoreserve aan de winst van het CFA-lichaam te worden toegevoegd.⁷² Doordat in een eerder stadium ten laste van de winst van het CFA-lichaam bedragen zijn gereserveerd, leidt de faciliteit van de risicoreserve, evenals de andere fiscale reserveringsmogelijkheden, tot uitstel van winstneming. De regels van het goed koopmansgebruik zouden een dergelijk winstuitstel niet toestaan.

Behalve voornoemde afname van de risicoreserve tegen het reguliere belastingtarief, kan de risicoreserve ook onbelast afnemen.⁷³ Ofschoon een onbelaste afnamemogelijkheid niet zonder meer voortvloeit uit de aard van de risicoreserve, kan in geval van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming, in beginsel 50% van het geïnvesteerde bedrag ten laste van de risicoreserve worden gebracht zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt. Het opgeofferd bedrag van de betreffende deelneming wordt afgeboekt met het bedrag van de onttrekking aan de risicoreserve. Voorzover de eerdere reservering niet wordt gecorrigeerd door een belaste onttrekkingen, doch wordt gevolgd door een onbelaste afname, blijft een deel van de winst per saldo buiten de belaste sfeer. Nu deze winst buiten de totale winstsfeer blijft, wordt zij evenmin in aanmerking genomen bij de bepaling van de jaarwinst. De concernfinancieringsregeling creëert in dit opzicht een objectieve vrijstelling. Slechts indien de deelneming waarin is geïnvesteerd, wordt geliquideerd, is geen sprake van een objectieve vrijstelling. Als gevolg van het afgeboekte opgeofferd bedrag, is het aftrekbare liquidatieverlies immers navenant lager. Alsdan wordt per saldo het oorspronkelijk onbelast aan de risicoreserve onttrokken bedrag (alsnog) tegen het reguliere tarief in de belastingheffing betrokken. In geval van liquidatie is geen sprake van afstel, doch slechts sprake van uitstel van winstneming.

Voorts kan de gehele risicoreserve op verzoek van de belastingplichtige in gelijke delen aan de winst van een jaar en de daaropvolgende vier jaren worden toegevoegd.⁷⁴ De aan de winst toegevoegde jaarmoten worden belast tegen een tarief van 10%.⁷⁵ Behalve tot winstuitstel leidt een dergelijke vrijwillige opheffing ook tot een verlaging van het toepasselijke belastingtarief. Evenals een onbelaste afnamemogelijkheid is ook een dergelijk verlaagd afbouwtarief binnen de Nederlandse belasting-

72. Zie § 6.2.

73. Zie § 6.3.

74. Zie § 6.2.3

75. Overigens is het afwikkelingstarief van 10% niet onbekend binnen de belastingwetgeving. Tot 1971 kon een belastingplichtige op basis van art. 69, vijfde lid, Wet IB 1964, de Nieuwe Onbelaste Reserve (NOR) vrijwillig geheel of ten dele aan de winst toevoegen. Dat gedeelte van de winst was dan belast naar een tarief van 10%. De NOR was evenals de risicoreserve een beleidsinstrument ter stimulering van de Nederlandse economie, en vloede voort uit enige reserveringsmogelijkheden die kort na de Tweede Wereldoorlog en gedurende de Korea-crisis waren geïntroduceerd

structuur niet gekend. De vrijval van alle andere fiscale reserves geschiedt namelijk immer tegen het reguliere belastingtarief.⁷⁶

76. In het kader van wetswijzigingen worden wel bijzondere afbouwregelingen voorgesteld. Als voorbeeld kan worden genoemd de ingrijpende wijziging van het regime voor de beleggingsinstellingen in 1990. Een vennootschap die als gevolg van het nieuwe regime haar status van beleggingsinstelling heeft verloren, kan de herbeleggings- en afrondingsreserve in de winst opnemen tegen het bijzondere tarief van 15% (art. II van de Wet van 21 juni 1990, Stb. 331). Ook de beleggingsinstelling welke in het kader van de wijziging van de aanmerkelijk belangregeling in 1997 zijn status verliest, kan de herbeleggings- en afrondingsreserve aan de winst toevoegen tegen het bijzondere tarief van 15% (art. XII van de Wet van 13 december 1996, Stb. 652).

De verschillende afbouwmogelijkheden van de assurantie- en exportrisicoreserve laten het tarief ongewijzigd. De vrijval van de reserves geschiedt tegen het reguliere belastingtarief (TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 820, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 16-17).

9.1 INLEIDING

Sedert decennia is een ontwikkeling gaande dat multinationale ondernemingen hun mobiele activiteiten zoals financiële dienstverlening, verplaatsen naar laag belaste jurisdicties. Steeds meer landen reageren op deze ontwikkeling door met begunstigende belastingmaatregelen deze mobiele activiteiten te lokken. In zijn algemeenheid bestaat de vrees dat een dergelijke belastingconcurrentie leidt tot een steeds verdergaande belastingerosie. Bovendien wordt aangenomen dat met de komst van de euro de belastingconcurrentie tussen de EU-lidstaten zal toenemen. De rentestand en de wisselkoers vormen sinds de introductie van de euro immers geen concurrentie-instrument meer. Lidstaten trachten zich onder meer te onderscheiden door middel van begunstigende belastingmaatregelen. Deze maatregelen zijn met name toegespitst op mobiele ondernemingsactiviteiten, zoals financieringsactiviteiten. Teneinde een erosie van de Europese belastinggrondslag tegen te gaan, wenst de Europese Commissie schadelijke belastingconcurrentie te beëindigen.¹ Het EG-Verdrag biedt door middel van art. 87-89 de mogelijkheid schadelijke belastingconcurrentie te bestrijden.² Op 11 november 1998 heeft de Commissie haar visie op de relatie tussen een begunstigende belastingmaatregel en art. 87 EG-Verdrag nader uitgewerkt in een

1 Ook de lidstaten zelf trachten door middel van nationale wetgeving het hoofd te bieden aan schadelijke belastingconcurrentie. Zo kennen bijvoorbeeld Frankrijk en Duitsland zogenoemde Controlled Foreign Corporation wetgeving (CFC). Op basis van dergelijke wetgeving worden gerealiseerde en niet-uitgekeerde winsten van een buitenlandse dochtermaatschappij aan de winst van de moedermaatschappij toegerekend. CFC-wetgeving is in zijn algemeenheid van toepassing in de situatie dat de buitenlandse dochtermaatschappij aan een begunstigend belastingregime is onderworpen. Is de aandeelhouder van een Nederlands CFA-lichaam gevestigd in het buitenland, dan kan als gevolg van CFC-wetgeving het voordeel van de effectief lage belastingdruk in Nederland ongedaan worden gemaakt door een belastingheffing over de financieringswinst op het niveau van de buitenlandse aandeelhouder. Voor een beschouwing over CFC-wetgeving zij verwezen naar het OECD-rapport *Controlled Foreign Company legislation*, OECD, 1996.

2 Fiscale staatssteun veroorzaakt een verstoring van de concurrentieverhoudingen in de zin van art. 96-97 EG-Verdrag. Aangezien art. 87-89 EG-Verdrag een *lex specialis* vormen van art. 96-97 EG-Verdrag, wordt fiscale staatssteun niet op grond van art. 96-97 EG-Verdrag tegengegaan. Zie P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, Kluwer Deventer, 1995, blz. 473. Anders F. Bolkestein, *Taxation and competition. The realization of the internal market*, European Taxation, 2000, blz. 405.

mededeling.³ Deze mededeling bevat een weergave van het bestaande beleid en jurisprudentie inzake de toepassing van art. 87-88 EG-Verdrag op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen.⁴

Enige belastingconcurrentie tussen de lidstaten is op zichzelf niet verkeerd.⁵ De staten worden erdoor gedwongen hun overheidshuishouding efficiënter in te richten. Teneinde een bepaald voorzieningenniveau (infrastructuur, sociale zekerheid, onderwijs, etc.) te kunnen handhaven, vereisen de publieke uitgaven een zekere minimale omvang. Bij overschrijding van deze benedengrens komt het gewenste voorzieningenniveau in gevaar. Een voortschrijdende erosie van de belastinggrondslag is mitsdien ongewenst. Reeds enige jaren is de Europese Commissie zich bewust van de schadelijke effecten van belastingconcurrentie. Belastingconcurrentie tussen de lidstaten verstoort immers de concurrentieverhoudingen en leidt tot erosie van de belastinggrondslag. Daar een juridisch bindende maatregel ter bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie als gevolg van de vereiste eenparigheid van stemmen zeer moeizaam tot stand komt, heeft de Raad in december 1997 een gedragscode aangenomen die schadelijke belastingconcurrentie tussen de lidstaten ten aanzien van directe belastingen moet voorkomen.⁶ De gedragscode is geen juridisch bindende maatregel, doch slechts een morele gedragsverklaring. In de gedragscode is bepaald dat een studiegroep een inventarisatie maakt van schadelijke fiscale stelsels in de lidstaten. De studiegroep heeft op 29 november 1999 rapport uitgebracht, waarin een

3 Commissie 11 november 1998, Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, PB 1998, C-384/3.

4. Persbericht Ministerie van Financien 18 januari 1999, nr. 99/014, V-N 1999, blz. 580-581.

Ook het Verslag over het Europese mededingingsbeleid, jaarlijks uitgegeven door de Europese Commissie, biedt inzicht in de laatste politieke en juridische ontwikkelingen op het gebied van de staatssteun. Het laatste verslag betreft: XXVIII verslag over het mededingingsbeleid 1998, SEC(1999) 743 def., Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen Luxemburg, 1999.

5. J.A.M. Klaver en A.J.M. Timmermans, Beleidsconcurrentie of beleidscoördinatie bij de EU-belastingpolitiek, Weekblad 1999, blz. 506-513, zijn van mening dat het belastingniveau van een land wordt bepaald door het gekozen voorzieningenniveau. Aangezien er geen reden is om het niveau van de overheidsuitgaven te harmoniseren, is er ook geen reden het belastingniveau te harmoniseren. Belastingconcurrentie is net zo geoorloofd en nuttig als andere vormen van concurrentie.

S. Cnossen, Belastingharmonisatie in de Europese gemeenschap nodig of gewenst?, Belastingbeschouwingen, opstellen aangeboden aan J.H. Christiaanse, Kluwer Deventer, 1989, blz. 267-289, trekt een vergelijking tussen belastingharmonisatie en kartelvorming. De belastingdruk kan hoger uitvallen dan zonder afspraken het geval zou zijn geweest. Fiscale rivaliteit vormt een rem op ongebreidelde groei van de publieke sector en bevordert een doelmatig beheer van de overheidsfinancien.

6. Raad 1 december 1997, Conclusie van de Raad (Ecofin) inzake het belastingbeleid (gedragscode), PB 1998, C 2/1. Deze gedragscode maakt onderdeel uit van een pakket belastingmaatregelen van de Raad van Ministers. De andere maatregelen hebben betrekking op een Europese richtlijn voor rente en royalty's in geïntegreerde verhoudingen en een richtlijn voor spaarrente.

Daar specifieke belastingfaciliteiten reeds met art. 87 EG-Verdrag kunnen worden bestreden, lijkt de gedragscode met name bedoeld voor meer generieke belastingmaatregelen die niet via art. 94 EG-Verdrag aangepakt kunnen worden. Niets lijkt minder waar nu de gedragscode ziet op (specifieke) belastingmaatregelen die een lagere effectieve belastingdruk tot gevolg hebben dan het normale belastingniveau in de desbetreffende lidstaat.

lijst is opgenomen met mogelijk schadelijke belastingmaatregelen die aan een nader onderzoek worden onderworpen.⁷ Op basis van de gedragscode moeten schadelijke maatregelen vóór 1 januari 2003 worden gewijzigd of afgeschaft. Overigens zij opgemerkt dat belastingmaatregelen die op basis van de gedragscode schadelijk zijn, niet noodzakelijkerwijs als steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag behoeven te kwalificeren.⁸ Uiteraard zal het onderzoek in het kader van de gedragscode wel aanwijzingen bevatten of een belastingmaatregel kwalificeert als een verboden steunmaatregel. Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen, belastingmaatregelen die op grond van de gedragscode niet als schadelijk worden aangemerkt maar wel als steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag kwalificeren.

Behalve binnen Europees verband, wensen ook de lidstaten binnen OECD-verband maatregelen te nemen tegen schadelijke belastingregimes.⁹ Dergelijke regimes leiden immers tot een ongewenste beïnvloeding van de locatie van waaruit financiële diensten worden verleend, eroderen de belastinggrondslag van andere landen (als gevolg waarvan de belastingdruk verschuift van mobiele naar immobiele factoren en van de directe naar de indirecte belastingen), verstoren de concurrentieverhoudingen, en leiden tot een verminderde maatschappelijke acceptatie van belastingheffing in het algemeen.¹⁰ De wens van de OECD-lidstaten resulteerde in april 1998 in het OECD-rapport 'Harmful tax competition, an emerging global issue'. Het OECD-rapport bestrijkt deels hetzelfde terrein als de EU-gedragscode. Het verschil is dat de gedragscode ziet op alle belastingregelingen voor ondernemingen, terwijl het OECD-rapport slechts ziet op de (internationale) financiële dienstverlening. Daarentegen is de geografische reikwijdte van het OECD-rapport groter dan die van de EU-gedragscode.

Opmerkelijk is dat zowel de EU-gedragscode als het OECD-rapport geen definitie geeft van het begrip 'schadelijke belastingconcurrentie'. Het is niet eenvoudig een objectief en eenduidig criterium vast te stellen aan de hand waarvan de belastingmaatregelen beoordeeld kunnen worden. In zijn algemeenheid wordt een maatregel als schadelijk ervaren indien de regeling leidt tot een lage effectieve belastingdruk, en beoogt buitenlandse investeringen en de daarbij behorende belastinggrondslag aan te trekken. Bij gebrek aan een duidelijk en werkbaar criterium bieden de indicatoren van de EU-gedragscode en het OECD-rapport houvast bij de beoordeling van een belastingmaatregel.

7. Rapport Werkgroep Primarolo, Brussel, 23 november 1999, V-N 2000, blz 518-539

8. Volgens H.M.A.L. Hamackers, Tackling harmful tax competition, a round table on the code of conduct, European Taxation, 2000, blz 399, heeft eurocommissaris Monti op 25 februari 2000 aangekondigd dat alle volgens de gedragscode schadelijke belastingmaatregelen op verenigbaarheid met art. 87 EG-Verdrag zullen worden getoetst indien de gedragscode niet in daden van de lidstaten resulteren

9. De OECD bestaat momenteel uit 29 lidstaten, te weten de 15 lidstaten van de EU, Australië, Canada, Hongarije, IJsland, Japan, Mexico, Nieuw Zeeland, Noorwegen, Polen, Tjechie, Turkije, Verenigde Staten, Zuid-Korea en Zwitserland

10. OECD-rapport 'Harmful tax competition, an emerging global issue', OECD 1998, blz 8.

Ook de Wereldhandelsorganisatie (WTO) heeft belangstelling voor oneigenlijke belastingconcurrentie. De WTO stelt zich onder meer ten doel exportstimulerende of importstimulerende maatregelen tegen te gaan. Indien een belastingregeling invloed heeft op de im- of export, kan een dergelijke regeling strijdig zijn met de WTO-overeenkomst. De toetsing van een belastingregeling aan de WTO-overeenkomst geschiedt onafhankelijk van de Europese staatssteunregels, de EU-gedragscode en het OECD-rapport. Zelfs indien de Europese Commissie een fiscale steunmaatregel verenigbaar verklaard, kan de belastingregeling strijdig zijn met de WTO-regelgeving.

In dit hoofdstuk wordt allereerst aandacht geschonken aan de staatssteunregels van art. 87-89 EG-Verdrag. Vervolgens zijn de EU-gedragscode, het OECD-rapport en de WTO-overeenkomsten behandeld, en wordt de concernfinancieringsregeling getoetst aan deze internationale regelingen.

9.2 STEUNMAATREGELEN EX ART. 87 EG-VERDRAG

9.2.1 Inleiding

De Europese Gemeenschap heeft zich in art. 2 EG-Verdrag een aantal doelen gesteld. Een van de doelstellingen is het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap. Teneinde deze doelstelling te bereiken moet onder andere worden voorkomen dat de mededinging binnen de interne markt wordt vervalst.¹¹ Binnen de gemeenschappelijke Europese markt moet de mededinging gewaarborgd zijn. Steunmaatregelen door een lidstaat kunnen de concurrentieverhouding binnen de gemeenschappelijke markt verstoren. Onder een steunmaatregel wordt zowel directe overheidssteun verstaan, hierbij valt te denken aan subsidieverstreking, als indirecte steun door middel van fiscale begunstiging.¹² Art. 87 en 88 EG-Verdrag bepalen wanneer sprake is van een steunmaatregel die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en geven de procedurele normen met betrekking tot concurrentievervalsingen.

Eind 1998 heeft de Commissie haar visie op de relatie tussen een begunstigende belastingmaatregel en art. 87 EG-Verdrag nader uitgewerkt in een mededeling.¹³ De

¹¹ Art. 3, eerste lid, onderdeel g, EG-Verdrag

¹² Zie o.a. Commissie 13 maart 1996, Beschikking 96/369/EG (steunmaatregel Duitse luchtvaartmaatschappij), PB L 146/42, en Commissie 21 januari 1998, Beschikking 98/476/EG (West-Berlijns investeringsregime), PB L 212/50

¹³ Commissie 11 november 1998, Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, PB 1998, C-384/3

Commissie onderscheidt de volgende vier criteria voor de beoordeling of een belastingregeling kwalificeert als steunmaatregel:

- een vermindering van de effectieve belastingheffing,
- het belastingvoordeel is afkomstig van een staat of met staatsmiddelen bekostigd,
- de belastingmaatregel beïnvloedt de mededinging en het handelsverkeer tussen de lidstaten, en
- de belastingmaatregel begunstigt bepaalde ondernemingen of bepaalde producties.

Aangezien de mededeling een weergave is van het bestaande beleid en jurisprudentie inzake de toepassing van art. 87-88 EG-Verdrag, zijn voornoemde criteria gelijk aan de criteria van art. 87, eerste lid, welke hierna zijn besproken.

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 15b Wet Vpb. 1969 is de vraag aan de orde geweest in hoeverre de concernfinancieringsregeling als een steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag zou kunnen worden aangemerkt. Gezien het generieke karakter van de regeling zou volgens de staatssecretaris geen sprake zijn van een steunmaatregel. Bovendien zou de regeling in het verlengde liggen van de aard en opzet van het Nederlandse fiscale stelsel.¹⁴ In dit onderdeel tracht ik een onderbouwd antwoord te geven op de vraag of de faciliteit van de financiële risicoreserve geoorloofd is ingevolge art. 87 EG-Verdrag. Hierbij is overigens geen uitvoerige analyse van art. 87 en 88 beoogd.¹⁵ Slechts de aspecten in relatie tot de concernfinancieringsregeling zijn behandeld.

9.2.2 Ongeoorloofde maatregel

Het doel van art. 87 EG-Verdrag is het bewerkstelligen van een onbelemmerd verkeer van goederen en diensten binnen de Gemeenschap. Deze doelstelling kan niet worden gerealiseerd als lidstaten hun nationale industrie door steunmaatregelen een kunstmatige voorsprong zouden verschaffen op hun concurrenten in de andere lidstaten. Ingevolge art. 87, eerste lid, EG-Verdrag, kwalificeert een maatregel van een lidstaat als ongeoorloofde steunmaatregel indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- a. er is sprake zijn van een steunmaatregel, in welke vorm ook,
- b. de maatregel is afkomstig van een staat of is met staatsmiddelen bekostigd,
- c. de maatregel begunstigt bepaalde ondernemingen of bepaalde producties,
- d. de maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen,
- e. de maatregel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten in ongunstige zin.

14. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Nader rapport, blz. 3

15. Voor een uitvoerige behandeling van art. 87 t/m 89 EG-Verdrag (tot 1998 genummerd als art. 92 t/m 94 EG-Verdrag) zij verwezen naar het proefschrift van J.A. Winter, Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht, Kluwer Deventer, 1981

Hierna behandel ik de afzonderlijke voorwaarden in relatie tot de concernfinancieringsregeling.

9.2.2.1 *Het begrip 'steunmaatregel'*

Het begrip 'steunmaatregel' is niet gedefinieerd in het EG-Verdrag. Ook de mededeling van de Commissie van 11 november 1998 bevat geen definitie. Onder meer vanwege de woorden 'in welke vorm ook' is duidelijk dat de inhoud van het begrip zeer ruim moet worden uitgelegd. Een dergelijke ruime uitleg van het begrip steunmaatregel is door het Europese Hof als volgt verwoord: 'besluiten van de lidstaten waardoor deze met het oog op verwezenlijking van eigen economische en sociale doeleinden eenzijdig en autonoom geldmiddelen of voordelen ter beschikking van ondernemingen of andere rechtssubjecten stellen of hun voordelen verschaffen om de verwezenlijking van de nagestreefte economische en sociale doeleinden te bevorderen.'¹⁶ Duidelijk is dat zowel de directe ondersteuning door middel van subsidies als lastenverlichting via belastingvrijstelling of bijzondere belastingtarieven, als steunmaatregel kan worden aangemerkt. Elke materiële bevoordeling van een onderneming kan worden aangemerkt als een steunmaatregel in de zin van art. 87, eerste lid.

De fiscale reserve van art. 15b Wet Vpb. 1969 kan op verzoek worden gevormd ter zake van risico's die samenhangen met concernfinancieringsactiviteiten en het houden van deelnemingen. Na een beschikking van de inspecteur kan 80% van de concernfinancieringswinst en 80% van de opbrengsten van de kortlopende beleggingen ten laste van de winst aan de risicoreserve worden gedoteerd. Deze dotatiemogelijkheid leidt in ieder geval tot uitstel van belastingbetaling. Het op deze wijze genoten liquiditeitsvoordeel verlaagt de effectieve belastingdruk.

Doet zich binnen concern een liquidatieverlies, afwaarderingsverlies of verlies uit buitenlandse vaste inrichting voor, dan zal het CFA-lichaam een bedrag gelijk aan het verlies belast aan de risicoreserve moeten onttrekken.¹⁷ Per saldo loopt de dotatie aan de risicoreserve in deze situatie slechts vooruit op een toekomstig verlies. Ter zake van een kapitaalstorting in of verwerving van een deelneming mag het CFA-lichaam onbelast een bedrag aan de risicoreserve onttrekken.¹⁸ Het opgeofferd bedrag van de betreffende deelneming als bedoeld in art. 13d Wet Vpb. 1969 wordt verminderd met het bedrag van de onttrekking aan de risicoreserve. Nu de eerdere reservering niet wordt gevolgd door een belaste afname, blijft een deel van de winst per saldo buiten de belaste sfeer. Slechts ingeval de deelneming waarin is geïnvesteerd, wordt geliquideerd, is geen sprake van vrijgestelde winst. Als gevolg van het

16. HvJ EG 27 maart 1980, zaak 61/79 (Denkavit), Jurisprudentie 1980, 1205

17. Zie § 6.2.2.

18. Zie § 6.3.

afgeboekte opgeofferde bedrag, is het aftrekbare liquidatieverlies immers navenant lager. De dotatie aan de risicoreserve en de daarop volgende onbelaste onttrekking lopen daardoor als het ware vooruit op een toekomstig liquidatieverlies.

Ingevolge art. 15b, zesde lid, Wet Vpb. 1969 kan de belastingplichtige verzoeken de risicoreserve in gelijke delen aan de winst van een jaar en de daaropvolgende vier jaren toe te voegen.¹⁹ De belasting hierover bedraagt 10%. Behalve tot winstuitstel leidt een dergelijke vrijwillige beëindiging van de risicoreserve ook tot een verlaging van het toepasselijk belastingtarief.

Als gevolg van het uitstel van belastingbetaling, de mogelijkheid om bedragen onbelast aan de risicoreserve te onttrekken en vanwege de gelegenheid de reserve vrijwillig te beëindigen tegen het bijzondere tarief van 10%, wordt een materieel voordeel verschafte aan het CFA-lichaam.

9.2.2.2 *Van de staat of met staatsmiddelen bekostigd*

De maatregel moet de lagere of hogere overheid geld kosten. De overheid kan zelf of via daartoe ingestelde privaatrechtelijke lichamen subsidies verstrekken of afzien van bepaalde inkomsten. Beide optredens komen ten laste van de algemene middelen. Slechts bevoordelingen die wezenlijk om niet zijn vallen onder art. 87.²⁰ Voorzover tegenover de begunstiging ten koste van de overheid een marktconforme tegenprestatie staat, is van een steunmaatregel geen sprake.²¹

De staatssecretaris is de mening toegedaan dat de concernfinancieringsregeling niet als staatssteun is aan te merken, omdat de regeling voor de Nederlandse overheid budgettair neutraal is en op termijn naar verwachting zelfs enige opbrengst zal bieden.²² Hij verwacht namelijk dat als gevolg van de introductie van de concernfinancieringsregeling enige multinationals hun buitenlandse groepsfinancieringsmaatschappijen naar Nederland zullen verplaatsen. Mocht deze zienswijze van de staatssecretaris in rechte gevolg worden, dan worden belastingmaatregelen die buitenlandse investeringen aantrekken niet door art. 87 EG-Verdrag maar uitsluitend door de gedragscode bestreken.²³ Naar mijn mening strookt de opvatting van de staatssecretaris niet met de strekking van art. 87 EG-Verdrag. Niet op macro-economisch niveau, maar op individueel niveau moet worden beoordeeld of een belastingmaatregel

19. Zie § 6.2.3.

20. J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht*, Kluwer Deventer, 1981, blz. 219.

21. Als de overheid bepaalde ondernemingen een last oplegt vormt zo'n verplichting geen steunmaatregel voor de ondernemingen op wie deze maatregel niet van toepassing is. Er is dan immers geen sprake van gederfde overheidsinkomsten.

22. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 17.

23. Zie K.-J. Visser, *Commissie geeft haar visie op de verhouding tussen steunmaatregelen en belastingmaatregelen*, NTER 1999, nr. 6, blz. 158.

ten laste komt van de algemene middelen. Is een belastingplichtige door toepassing van een belastingregeling minder belasting verschuldigd dan het geval zou zijn onder de normaal van toepassing zijnde regels, dan komt de belastingmaatregel ten laste van de algemene middelen. Dat door een toestroom van buitenlandse vennootschappen de maatregel voor de overheid mogelijk per saldo budgettair neutraal is, doet hieraan niets af.²⁴

Een dotatie aan de risicoreserve komt ingevolge art. 15b, derde lid, Wet Vpb 1969 ten laste van de normaal belaste jaarwinst. Op het bedrag van de risicoreserve blijft in beginsel een vennootschapsbelastingclaim rusten. Van een kostenpost voor de Nederlandse staat lijkt geen sprake. Belastingplichtige heeft evenwel de mogelijkheid de reserve onbelast of laag belast (10%-tarief) te laten vrijvallen. De dotatie aan de risicoreserve leidt bovendien tot uitstel van winstneming. Als gevolg van een lagere geactualiseerde waarde van toekomstige belastingbetalingen leidt reservering tot een reeel liquiditeitsvoordeel voor het CFA-lichaam.²⁵ De mogelijkheid van afstel van belastingheffing, de gelegenheid van uitstel van belastingbetaling, alsmede de afwijkende belastingtarieven, duiden er op dat de Nederlandse overheid gedeeltelijk afziet van belastingheffing over concernfinancieringswinsten en opbrengsten van kortlopende beleggingen.

9.2.2.3 *Begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties*

Teneinde als steunmaatregel te kwalificeren moet binnen een lidstaat een voordeel toekomen aan een of meer specifieke ondernemingen. Een algemene maatregel die zonder onderscheid geldt voor alle ondernemingen – bijvoorbeeld een algemene belastingverlaging – vormt derhalve geen steunmaatregel. Een dergelijke generieke maatregel kan wel de concurrentiepositie van het gehele land verbeteren ten opzichte van de overige lidstaten. Voorzover de mededinging op de gemeenschappelijke markt is verstoord door zo'n maatregel, zal deze verstoring langs andere weg moeten worden opgeheven. De meest aangewezen instrumenten hiervoor zijn de aanpassingen van wetgeving (art. 94 EG-Verdrag e.v.) en de maatregelen gericht op convergentie van economisch en monetair beleid (art. 98 EG-Verdrag e.v.).²⁶

De steunmaatregel moet een specifiek of selectief karakter hebben. Algemene (fiscale) maatregelen waartoe alle ondernemingen en sectoren effectief in gelijke mate toegang hebben en waarvan de werkingssfeer niet feitelijk is beperkt, vormen geen steunmaatregel. Het feit dat sommige ondernemingen of sectoren meer dan andere profiteren van een bepaalde (fiscale) maatregel, betekent niet noodzakelijk

²⁴ Zie ook F.A. Engelen, Belastingconcurrentie binnen de EU. Over fiscale beleidsconcurrentie, fiscale marktdistorsies en fiscale staatssteun, MBB 1999, blz. 29.

²⁵ Commissie 13 maart 1996. Beschikking 96/369/EG (steunmaatregel Duitse luchtvaartmaatschappij), PB L 146/42.

²⁶ J.A. Winter, Communautair toezicht op nationale steunmaatregelen, Ars Aequi 1989, blz. 445.

kerwijs dat sprake is van een steunmaatregel. De Commissie deelt in 1998 mede dat elke afwijking van het algemene fiscale regime het vermoeden van een steunmaatregel met zich brengt.²⁷ Volgens Commissie kan de afwijking zowel voortvloeien uit een uitzondering op de fiscale bepalingen van wettelijke of bestuursrechtelijke aard als uit een discretionair optreden van de belastingdienst. Als voorbeeld wordt genoemd een belastingvoordeel dat uitsluitend geldt voor bepaalde vormen van ondernemingen of bepaalde functies van ondernemingen (binnen een groep verleende diensten, bemiddeling of coördinatie).

Is sprake van een selectieve maatregel, dan kan volgens het Hof van Justitie deze uitzondering op het algemene stelsel slechts gerechtvaardigd worden door de aard of opzet van het stelsel,²⁸ dat wil zeggen dat de maatregel rechtstreeks moet voortvloeien uit de basis- of hoofdbeginselen van het (belasting)stelsel van de lidstaat in kwestie.²⁹ Wat het belastinggebied betreft, is de Commissie in een beschikking van 1996 van oordeel dat van de algemene regel afwijkende maatregelen niet als overheidssteunmaatregelen kunnen worden aangemerkt voorzover zij uit economisch oogpunt voor de doeltreffendheid van het stelsel nodig zijn. 'Normalerweise moet daaruit blijken dat de toepassing van dergelijke maatregelen niet tot welbepaalde gebieden beperkt is, op objectieve en horizontale criteria of voorwaarden berust en niet in de tijd beperkt is.'³⁰ Deze rechtvaardigingsgrond wordt in de mededeling van de Commissie van 11 november 1998 als volgt omschreven: 'Het feit dat sommige maatregelen differentieel van aard zijn, betekent niet noodzakelijk dat ze als steunmaatregelen moeten worden beschouwd. Dat geldt voor maatregelen die door hun economische rationaliteit noodzakelijk of functioneel voor de doeltreffendheid van het belastingstelsel zijn.' Als voorbeeld wordt onder meer gegeven de progressiviteit van de inkomsten- of vennootschapsbelasting. Dat een lager belastingtarief van toepassing is indien er weinig winst wordt gemaakt, wordt gerechtvaardigd door de herverdelende functie van de belastingheffing. Een ander voorbeeld is dat de aard van het belastingstelsel kan rechtvaardigen dat coöperaties die al hun winst aan de leden uitkeren, niet bij de coöperatie wordt belast indien de belasting wordt geheven bij de leden. 'Sommige uitzonderingen op de belastingregels zijn daarentegen moeilijk te rechtvaardigen door de opzet van het belastingstelsel. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer niet in het land in kwestie gevestigde ondernemingen een gunstigere behandeling krijgen dan ondernemingen waarvoor dat wel het geval is, of wanneer belas-

27 Commissie 11 november 1998, Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, PB 1998, C-384/3

28 HvJ EG 2 juli 1974, zaak 173/73 (sociale lasten in de textielsector), Jurisprudentie 1974, 709

29 Commissie 11 november 1998, Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, PB 1998, C-384/3.

30 Commissie 13 maart 1996, Beschikking 96/369/EG (steunmaatregel Duitse luchtvaartmaatschappij), PB L 146/42

tingvoordelen worden toegekend aan het hoofdkantoor of aan ondernemingen die bepaalde (bijvoorbeeld financiële) diensten verlenen binnen de groep.³¹

De Commissie heeft in de beschikking van 1996 gesteld dat een rechtvaardigingsgrond wordt aangenomen indien de van het algemene stelsel afwijkende belastingmaatregel aan drie cumulatieve voorwaarden voldoet:

- a. de toepassing van de maatregel is niet tot welbepaalde gebieden beperkt,
- b. de maatregel berust op objectieve en horizontale criteria of voorwaarden, en
- c. de maatregel is niet beperkt in de tijd.³²

Indien aan deze cumulatieve voorwaarden is voldaan vormt een specifieke belastingregeling volgens de Commissie in ieder geval geen steunmaatregel.

9.2.2.3.1 Afwijkende belastingmaatregel

Teneinde een fiscale maatregel als steunmaatregel te kunnen kwalificeren moet de regeling afwijken van de algemeen aanvaarde belastingstructuur. Ten eerste is de vraag wat onder de algemeen aanvaarde belastingstructuur moet worden verstaan. Vervolgens is de vraag of de concernfinancieringsregeling een onderdeel vormt van de in Nederland algemeen aanvaarde belastingstructuur. Het feit dat deze faciliteit door de volksvertegenwoordiging is aanvaard betekent niet dat de regeling onderdeel uitmaakt van de algemeen aanvaarde belastingstructuur. De faciliteit moet passen binnen het wetssystematische kader van de Nederlandse belastingwetgeving.

In § 8.5 is de vraag aan de orde welke plaats de risicoreserve inneemt binnen het fiscale winstbegrip. In dat onderdeel is onder meer opgemerkt dat de forfaitaire reserveringsmogelijkheid niet in overeenstemming is met het realiteitsvereiste van goed koopmansgebruik, volgens welk vereiste de methode van winstberekening de jaarwinst op een realistische wijze tracht te benaderen.³³ Voorts strookt de inbreuk op de fiscale zelfstandigheid van het CFA-lichaam en de andere concernlichamen niet met het uitgangspunt van de vennootschapsbelasting dat ieder lichaam in beginsel volledig zelfstandig belastingplichtig is.³⁴ Daarnaast zijn de onbelaste afname-mogelijkheid van de risicoreserve en het verlaagde afbouwtarief binnen de Nederlandse belastingstructuur niet gekende fenomenen. De vrijval van andere fiscale reserves geschiedt namelijk immer tegen het reguliere belastingtarief.³⁵ Op basis

31. Commissie 11 november 1998, Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, PB 1998, C-384/3 Deze omschrijving lijkt onder meer te zien op de concernfinancieringsregeling, aangezien de gefaciliteerde activiteiten van deze regeling zich beperken tot financieringsactiviteiten binnen een groep.

32. Commissie 13 maart 1996, Beschikking 96/369/EG (steunmaatregel Duitse luchtvaartmaatschappij), PB L 146/42

33. Zie § 8.5.4.1.

34. Zie § 8.5.4.2.

35. Zie § 8.5.4.3.

hiervan lijkt de concernfinancieringsregeling af te wijken van de in Nederland algemeen aanvaarde belastingstructuur

9.2.2.3.2 Beperkt tot welbepaalde gebieden

Zoals hiervoor reeds opgemerkt zal een generieke – al dan niet van de algemene structuur afwijkende³⁶ – fiscale maatregel niet kwalificeren als een steunmaatregel. De maatregel moet een bepaalde groep van ondernemingen of activiteiten begunstigen om onder de reikwijdte van art. 87 EG-Verdrag te vallen. Een speciale fiscale regeling voor een bepaalde bedrijfssector, bijvoorbeeld het verzekeringswezen, kwalificeert niet als een speciale bevoordeling als de uitzonderingsregeling is gerechtvaardigd door de bijzondere kenmerken van de betrokken sector.³⁷ In geval van een dergelijke rechtvaardiging zal de uitzonderingsregeling meestentijds niet afwijken van de algemene belastingstructuur.

Tijdens de parlementaire behandeling is ten aanzien van de concernfinancieringsregeling het generieke karakter van de regeling benadrukt. Het volgende is over de regeling opgemerkt: 'Deze maatregel is niet beperkt tot bepaalde sectoren binnen de Nederlandse economie, doch staat open voor alle internationaal opererende ondernemingen die aan de voorwaarden voldoen. Met het oog op het generieke karakter van de maatregel kan geen sprake zijn van een selectieve begunstiging in de zin van art. 92, eerste lid, EG-Verdrag (AvS. sedert 1998 art. 87 EG-Verdrag). Dit brengt mee dat deze maatregel niet als steunmaatregel in de zin van die bepaling kan worden aangemerkt. Temeer niet omdat uit de aard en de opzet van het Nederlandse stelsel voortvloeit dat voor (specifieke) risico's een reserve mag worden gevormd'.³⁸ Het feit dat de concernfinancieringsregeling tijdens de parlementaire behandeling als algemene fiscale maatregel wordt aangekondigd betekent nog niet dat daarmee sprake is van een generieke maatregel. In de voorwaarden waaraan moet worden voldaan om de risicoreserve te kunnen vormen zouden immers criteria van differentiatie verwerkt kunnen zijn. Zodra een dergelijke differentiatie aanwezig is, valt de concernfinancieringsregeling in beginsel onder de reikwijdte van art. 87 EG-Verdrag.

Een risicoreserve kan worden gevormd indien aan een aantal voorwaarden is voldaan. Hierbij kunnen een drietal voorwaarden worden onderscheiden. De wettelijke voorwaarden zoals gesteld in art. 15b, de voorwaarden die de inspecteur kan stellen ingevolge art. 15b, achtste lid, en de zogenoemde substancevoorwaarden. Om het internationale karakter van de regeling zeker te stellen moeten op grond van het eerste lid van art. 15b de financieringsactiviteiten worden verricht ten behoeve van groepsvennootschappen welke zijn gevestigd in ten minste vier landen of op ten

³⁶ Het element van de afwijkende belastingmaatregel is nauw verbonden met de voorwaarde dat de maatregel niet tot bepaalde gebieden beperkt is. Een belastingmaatregel die een bepaalde sector bevoordeelt zal immers veelal afwijken van de algemeen aanvaarde belastingstructuur.

³⁷ Gerecht van eerste aanleg 27 januari 1998, zaak T-67/94 (Ladbroke), Jurisprudentie 1998 II I

³⁸ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Nader rapport blz. 3

minste twee continenten. De inkomsten van het CFA-lichaam dienen per land ten minste 5% dan wel per continent ten minste 10% te bedragen van de totale financieringsinkomsten. Voorts dient 90% van het concernfinancieringsvermogen buiten Nederland te zijn aangewend. Daarnaast moet op grond van de zogenoemde substantievoorwaarden het CFA-lichaam over gekwalificeerd personeel met zelfstandige beslissingsbevoegdheid beschikken en een centrale spil zijn voor de financieringsactiviteiten van de groep als geheel. Indien de regeling als gevolg van voorgaande voorwaarden³⁹ slechts kan worden toegepast door internationaal opererende ondernemingen met voldoende substance in Nederland, zou hieruit afgeleid kunnen worden dat de concernfinancieringsregeling een afgebakend toepassingsgebied kent. Aan concerns die minder gespreid zijn zal deze faciliteit worden onthouden terwijl de risico's die voortvloeien uit hun financieringsactiviteiten kwalitatief soortgelijk en kwantitatief relatief niet minder groot zijn.⁴⁰ Gezien het relatief beperkt aantal ondernemingen dat in aanmerking komt voor toepassing van de concernfinancieringsregeling zou sprake kunnen zijn van een selectieve begunstiging in de zin van art. 87 EG-Verdrag.⁴¹

9.2.2.3.3 Objectieve en horizontale criteria

Indien een belastingmaatregel niet op objectieve en horizontale criteria berust kan sprake zijn van een ongeoorloofde steunmaatregel. Van objectieve criteria is sprake indien een regeling onafhankelijk van de hoedanigheid van het belastingsubject wordt toegepast. Een objectieve regeling dient in concrete situaties geen ruimte voor verschil in toepassing toe te laten. De belastingadministratie mag bijvoorbeeld niet de ruimte hebben naar eigen inzicht verschillende afschrijvingsperiodes of verschillende waarderingsmethodes vast te stellen per onderneming of per sector.⁴² Een regeling die berust op horizontaal toepasbare criteria dient te leiden tot een uniforme, rechtsgelijke belastingheffing. Vergelijkbare gevallen moeten gelijk worden behandeld. Een belastingheffing op basis van objectieve en horizontale criteria behoeft een belastingregeling niet het predikaat steunmaatregel te ontnemen. Op basis van dergelijke criteria kan namelijk ook steun worden verleend aan bepaalde ondernemin-

39 De voorwaarden die de inspecteur ingevolge het achtste lid kan stellen beogen slechts oneigenlijk gebruik van de regeling tegen te gaan. Enig afbakeningscriterium lijkt in deze voorwaarden – die zijn neergelegd in de modelbeschikking van 2 oktober 1997 – niet verborgen te zijn.

40 Zie redactie V-N 1997, blz. 3860, en F.C. de Hosson, Fiscale concurrentie en Europees monetair beleid, Geschrift van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 205, Kluwer Deventer, 1997, blz. 13.

41 Zie ook F.C. de Hosson, Bijzondere fiscale regimes en het communautair recht, Weekblad 1996, blz. 1122, en F.A. Engelen, Belastingconcurrentie binnen de EU; Over fiscale beleidsconcurrentie, fiscale marktdistorsies en fiscale staatssteun, MBB 1999, blz. 30. Anders P.J. Wattel, Belastingconcurrentie, staatssteun, de EG-gedragscode en de Nederlandse CFM, Nederlands tijdschrift voor Europees recht 1998, nr. 1/2, blz. 22 en 23.

42. Voorbeeld ontleend aan Commissie 11 november 1998, Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, PB 1998, C-384/3.

gen of producties. Het ontbreken van dergelijke criteria is evenwel een indicatie dat sprake is van een ongeoorloofde steunmaatregel.

Volgens de staatssecretaris is bij de concernfinancieringsregeling sprake van objectieve criteria.⁴³ Naar mijn mening laten de door de inspecteur te stellen voorwaarden ingevolge het achtste lid evenwel ruimte voor subjectieve toepassing van de regeling. In de modelbeschikking van 2 oktober 1997 is slechts een uitgangspunt geschetst van de voorwaarden die de inspecteur kan stellen. In het individuele geval kan de inspecteur de voorwaarden nader toespitsen op de specifieke omstandigheden van dat geval.⁴⁴ Als voorbeeld noem ik voorwaarde VII van de modelbeschikking. Daarin is bepaald dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval een bepaalde nader vast te stellen vermogensverhouding moet worden gehanteerd binnen het Nederlandse deel van de groep. Een zekere discretionaire bevoegdheid ten behoeve van de inspecteur is mijns inziens onvermijdelijk bij de toepassing van belastingwetgeving. Echter, het gegeven dat de modelbeschikking slechts een richtsnoer is waarvan de inspecteur in concrete gevallen kan afwijken, zou aan een objectieve toepassing van de concernfinancieringsregeling in de weg kunnen staan.

Tijdens de parlementaire behandeling is gebleken dat naast de wettelijke voorwaarden ook zogenoemde substancevoorwaarden worden gesteld.⁴⁵ Het CFA-lichaam moet over gekwalificeerd personeel met zelfstandige beslissingsbevoegdheid beschikken. Bovendien moet het CFA-lichaam de centrale spil zijn voor de financieringsactiviteiten van de groep. De substancevoorwaarden zijn noch opgenomen in de wet of in de modelbeschikking van 2 oktober 1997, noch toegelicht tijdens de parlementaire behandeling. Pas nadat de Tweede Kamer meer duidelijkheid verlangde omtrent de invulling van het begrip 'substance' merkt de staatssecretaris op dat de criteria van art. 2a Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971⁴⁶ het uitgangspunt vormen voor de substance-eisen bij toepassing van art. 15b Wet Vpb. 1969.⁴⁷ Art. 15b of de parlementaire behandeling biedt evenwel geen aanknopings-

43 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 17

44 Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financiën op vraag 3 en 6 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997.

45 Zie onder meer de antwoorden van de staatssecretaris van Financiën op vragen 7 en 8 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997.

46. De volgende voorwaarden van art. 2a Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971 vormen het uitgangspunt voor de substancevoorwaarden in het kader van de concernfinancieringsregeling:

- het lichaam houdt zich anders dan incidenteel bezig met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van tot het concern behorende lichamen,
- het lichaam is in zijn bestuur en de dagelijkse bedrijfsvoering, waarbij de normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding buiten beschouwing blijft, zelfstandig,
- het aantal personen in dienstbetrekking tot het lichaam, hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn in overeenstemming met de aard en functie van het lichaam en het lichaam beschikt over een eigen kantoor dat is voorzien van in de financiële sector gebruikelijke faciliteiten, en
- het lichaam verricht de voor deze regeling relevante transacties via eigen bankrekeningen.

47. Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financiën op de vragen 14, 15 en 16 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/133, 's-Gravenhage, 21 augustus 1997.

punt voor het stellen van deze substancevoorwaarden.⁴⁸ Daar de voorwaarden van art. 2a Uitvoeringsbeschikking – waarvan de toepassing in relatie tot art. 15b niet op enige wettekst is gebaseerd – slechts als uitgangspunt dienen, laat een concrete situatie ruimte voor verschil in toepassing. Voorts is in een later stadium door de staatssecretaris de voorwaarde geïntroduceerd dat het CFA-lichaam de centrale spil moet zijn voor de financieringsactiviteiten van de groep.⁴⁹ Omtrent de uitleg van het begrip 'centrale spil' bestaat geen duidelijkheid. De concrete invulling van deze voorwaarde is derhalve ook arbitrair.

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer merkte de staatssecretaris op dat indien buitenlandse concerns gebruik willen maken van de regeling voldoende substance in Nederland aanwezig moet zijn.⁵⁰ Onduidelijk is of de staatssecretaris met deze uitspraak bedoeld heeft dat de substancevoorwaarden alleen van toepassing zijn op buitenlandse concerns. Bovendien is onduidelijk wat de staatssecretaris bedoelt met het begrip buitenlands concern.⁵¹ Tijdens de parlementaire behandeling is hieromtrent niets opgemerkt. Indien de staatssecretaris evenwel de substancevoorwaarden uitsluitend stelt aan buitenlandse concerns kent de regeling dienaangaande een discriminatoir karakter.⁵² Alsdan zal van een regeling met horizontaal toepasbare criteria geen sprake zijn.

9.2.2.3.4 Beperking in de tijd

Indien een belastingbepaling niet onbeperkt in de tijd toepasselijk is, kan sprake zijn van een ongeoorloofde steunmaatregel. Toepassing van de regeling van art. 15b kent geen beperking in de tijd. De door de inspecteur afgegeven beschikking geldt volgens art. 15b, achtste lid, Wet Vpb. 1969 in beginsel voor een periode van tien jaar. Na afloop van deze periode kan de inspecteur de voorwaarden eventueel aanpassen aan gewijzigde feiten en omstandigheden. Laatstgenoemde beperking in de tijd dient slechts de praktische uitvoerbaarheid van de regeling. De beschikking met een looptijd van tien jaar doet niets af aan het gegeven dat de regeling van art. 15b onbeperkt in de tijd toepasselijk is.

48. Zie ook S E Faber en M V Lambooy, De modelbeschikking concernfinancieringsmaatschappijen: lust of last, Weekblad 1997, blz. 1575

49. Zie onder meer de antwoorden van de staatssecretaris van Financien op vragen 7 en 8 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997

50. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52B, Memorie van antwoord, blz. 2: 'Voorzover buitenlandse concerns gebruik willen maken van de regeling is van belang dat zij alleen van toepassing is op situaties van een reële, duurzame en zelfstandige activiteit die vanuit Nederland wordt verricht'

51. Zie § 2.3.2

52. Discriminatie is slechts toegestaan ingeval een onderscheid in behandeling tussen in Nederland en in het buitenland gevestigde concerns is gerechtvaardigd. Naar mijn mening is in casu geen rechtvaardigingsgrond aanwezig.

9.2.2.4 *Vervalsing van mededinging*

Art. 87 EG-Verdrag richt zich tegen verstoring van de concurrentieverhouding op de gemeenschappelijke markt als gevolg van overheidsmaatregelen. Een steunmaatregel dient derhalve de mededinging te vervalsen of dreigen te vervalsen teneinde onder toepassing van art. 87 te vallen. De toevoeging 'of dreigen te vervalsen' maakt duidelijk dat de concurrentie niet reeds verstoord behoeft te zijn om de procedure van art. 88 in werking te laten stellen. De dreiging van een concurrentieverstoring is reeds voldoende.⁵³ Vervalsing van concurrentie lijkt een onvermijdelijk gevolg van staatssteun aan een bepaalde industrie. De invulling van deze voorwaarde vloeit daardoor automatisch voort uit de invulling van de voorgaande criteria 'staatssteun aan bepaalde ondernemingen of producties'. Deze laatste veronderstelling gaat alleen niet op indien op de gemeenschappelijke markt gelijke of soortgelijke producten als de door de begunstigten gefabriceerde producten, ontbreken.⁵⁴ Immers, door het ontbreken van een gemeenschappelijke markt kan de concurrentieverhouding niet worden verstoord.

De vraag in hoeverre de concernfinancieringsregeling de concurrentie verstoort, kan aan de hand van een eenvoudig voorbeeld worden beantwoord. Vennootschap A produceert bakstenen en heeft dochtervennootschappen in België, Frankrijk en Duitsland. Vennootschap B, eveneens producent van bakstenen heeft twee dochtervennootschappen in Frankrijk en één in Duitsland. Vennootschap A kan ter zake van haar concernfinancieringsactiviteiten in beginsel een risicoreserve vormen. Vennootschap B kan daarentegen ter zake van soortgelijke activiteiten geen risicoreserve vormen, omdat zij niet aan de vierlandeneis voldoet van art. 15b, eerste lid. Als gevolg van de toepassing van art. 15b door vennootschap A manifesteert zich een verstoring van de concurrentie tussen beide vennootschappen op de gemeenschappelijke baksteenmarkt. Toepassing van de concernfinancieringsregeling kan derhalve tot vervalsing van de mededingingsverhoudingen leiden.

9.2.2.5 *Ongunstige beïnvloeding van handelsverkeer tussen lidstaten*

Steunmaatregelen zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijk markt voorzover ze het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloeden. Iedere steun voor een product dat deelneemt aan het intracommunautaire handelsverkeer is daarop van invloed. Zodra van enige intracommunautaire handel sprake is, zal een steunmaatregel geacht worden schade aan te brengen aan het handelsverkeer.⁵⁵ Ingevolge de mededeling van de Commissie van 11 november 1998 brengen noch de bescheiden

53. J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht*, Kluwer Deventer, 1981, blz 231

54. Zie ook conclusie A-G Capotorti in HvJ EG 17 september 1980, zaak 730/79 (Philip Morris), Jurisprudentie 1980, 2671.

55. Zie Commissie 17 november 1987, Beschikking 88/174/EEG (BUG-Alutechnik), PB L 79/29, en HvJ EG 17 september 1980, zaak 730/79 (Philip Morris), Jurisprudentie 1980, 2671.

omvang van de begunstigde of zijn zeer beperkte aandeel in de communautaire markt,⁵⁶ noch het feit dat de begunstigde niet deelneemt aan de uitvoer⁵⁷ of het feit dat de onderneming vrijwel haar gehele productie uitvoert naar buiten de Europese Gemeenschap,⁵⁸ hierin enige verandering. Wanneer door steunverlening aan een bepaalde industrie in een lidstaat de verhouding met concurrenten in andere lidstaten wordt vervalst, mag worden aangenomen dat de steunmaatregel tevens het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.⁵⁹ Het daadwerkelijk aantoonbaar maken van de negatieve gevolgen voor de gemeenschappelijk markt is dan niet noodzakelijk.

Met het oog op administratieve vereenvoudiging, zowel voor de lidstaat als voor de Commissie, is in 1992 een zogenaamde 'de minimis-regel' ingevoerd. Deze regel houdt in dat indien de totale steun verleend aan een onderneming gedurende een periode van drie jaar niet meer bedraagt dan 100 000 euro, het handelsverkeer tussen lidstaten niet merkbaar zal worden beïnvloed. Dergelijke lage steunbedragen vallen niet onder art. 87, eerste lid, en behoeven niet vooraf bij de Commissie te worden aangemeld ingevolge art. 88, derde lid. De steun in de vorm van een belastingvoordeel is gelijk aan de besparing op belastingafdrachten in de betrokken jaren.⁶⁰

Ingevolge art. 15b, eerste lid, kan een lichaam een risicoreserve vormen indien zij deel uitmaakt van een internationaal werkzaam concern en zij financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van concernlichamen welke zijn gevestigd in ten minste vier landen of twee continenten. De activiteiten van een concern dat gebruik maakt van de concernfinancieringsregeling hebben mitsdien per definitie een internationaal karakter. Indien een dergelijk concern betrokken is bij intracommunautair handelsverkeer zal haar positie ten opzichte van concurrerende ondernemingen worden versterkt. Het communautaire handelsverkeer wordt alsdan geacht door de concernfinancieringsregeling te zijn beïnvloed. Zelfs indien de handelsactiviteiten van het concern zich uitsluitend met derde landen voordoen kan de tussenstaatse handel op indirecte wijze ongunstig worden beïnvloed. Concurrerende ondernemers uit andere lidstaten kunnen als gevolg van de steunmaatregel namelijk belemmerd worden in hun handelsmogelijkheden met de lidstaat van de begunstigde onderneming.⁶¹ Uit het vorenstaande leid ik af dat toepassing van de concernfinancieringsregeling het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig kan beïnvloeden. Per individueel geval zal moeten worden beoordeeld of zich enig intracommunautair handelsverkeer op de betreffende markt voordoet. Gezien het internationale karakter van de concernfinan-

56 HvJ EG 14 september 1994, gevoegde zaken C-278/92, C-279/92 en C-280/92 (Hytasa, Imepiel, Intelhorce), Jurisprudentie 1994, 4103.

57 HvJ EG 13 juli 1988, zaak 102/87 (FIM), Jurisprudentie 1988, 4067.

58 HvJ EG 21 maart 1990, zaak C-142/87 (Tubemeuse), Jurisprudentie 1990, 959.

59. Conclusie A-G Warner in HvJ EG 2 juli 1974, zaak 173/73 (sociale lasten in de textielsector), Jurisprudentie 1974, 709.

60 Commissie 6 maart 1996, Mededeling inzake de minimis-steun, PB 1996, C-68/9

61 J.A. Winter, Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht, Kluwer Deventer, 1981, blz. 237.

cieringsregeling zal veelal sprake zijn van enige tussenstaatse handel. Toepassing van de concernfinancieringsregeling lijkt mitsdien meestentijds invloed te hebben op het communautaire handelsverkeer.

9.2.3 Verenigbare steunmaatregelen

Op de verbodsbepaling van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag bestaan twee groepen van uitzonderingen. De eerste groep bevat de uitzonderingen die van rechtswege verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt. Deze in art. 87, tweede lid, opgesomde uitzonderingen zijn:

- a. steunmaatregelen van sociale aard aan individuele gebruikers (art. 87, twee lid, onderdeel a),
- b. steunmaatregelen tot herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen (art. 87, twee lid, onderdeel b), en
- c. steunmaatregelen aan voormalig Oost-Duitsland (art. 87, twee lid, onderdeel c)

Het behoeft geen betoog dat indien de concernfinancieringsregeling als steunmaatregel mocht kwalificeren, de regeling in ieder geval niet onder de uitzonderingen van art. 87, tweede lid, is begrepen.

De tweede groep van uitzonderingen zijn vervat in art. 87, derde lid. De in deze bepaling opgesomde steunmaatregelen kunnen door de Commissie verenigbaar worden verklaard met de gemeenschappelijke markt. In het kader van de toezichtprocedure van art. 88 toetst de Commissie de steunmaatregel aan de criteria van art. 87, derde lid. De Commissie kan steunmaatregelen toestaan die, ofschoon daardoor de mededinging wordt verstoord, een instrument vormen voor de verwezenlijking van de algemene doelstellingen genoemd in art. 2 van het EG-Verdrag.⁶² Dit betekent dat steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt verenigbaar verklaard kunnen worden als deze een evenwichtige en duurzame economische en sociale groei binnen de Gemeenschap bevorderen. De in het derde lid genoemde uitzonderingen zijn

- a. steunmaatregelen ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst (art. 87, derde lid, onderdeel a),
- b. steunmaatregelen ter bevordering van de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang of om een ernstige verstoring in de economie van een lidstaat op te heffen (art. 87, derde lid, onderdeel b),
- c. steunmaatregelen om de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën te vergemakkelijken (art. 87, derde lid, onderdeel c),
- d. steunmaatregelen ter bevordering van de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed (art. 87, derde lid, onderdeel d),

62 J. A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht*, Kluwer Deventer, 1981, blz. 247.

e. andere soorten van steunmaatregelen aangewezen bij besluit van de Raad (art. 87, derde lid, onderdeel e).

De uitzonderingscategorieën a, b en d vinden ten aanzien van de concernfinancieringsregeling in ieder geval geen toepassing. Indien de Commissie de concernfinancieringsregeling als steunmaatregel bestempelt, is de vraag of de uitzonderingsmogelijkheid van onderdeel c zich voor kan doen. Onderdeel c is een ruim geformuleerde bepaling. In de praktijk worden veel maatregelen gericht op bevordering van economische ontwikkeling in een bepaalde sector of regio onder onderdeel c gebracht, zoals bijvoorbeeld de per 1998 geïntroduceerde fiscale stimuleringsmaatregel voor de Nederlandse filmindustrie. Een ander voorbeeld is de goedkeuring in 1994 door de Commissie van de Nederlandse maatregel ter bevordering van speur- en ontwikkelingswerk.⁶³ Deze laatste regeling ziet niet zo zeer op ontwikkeling van een bepaalde bedrijfstak of regio, maar heeft veeleer betrekking op stimulering van een bepaalde activiteit die door alle bedrijfstakken heen loopt, de zogenaamde facetsteun.⁶⁴ Het begrip economische bedrijvigheid beperkt de uitzondering van onderdeel c derhalve niet uitsluitend tot sectorale of regionale steunmaatregelen.

De concernfinancieringsregeling beoogt internationaal opererende concerns te stimuleren hun buitenlandse groepsfinancieringsmaatschappijen te verplaatsen naar Nederland, teneinde de positie van Nederland als internationaal financieel centrum te versterken.⁶⁵ De concernfinancieringsregeling is een reactie op de aantrekkelijke fiscale regelingen voor financieringsmaatschappijen in andere geïndustrialiseerde landen. Hierbij dient onder meer gedacht te worden aan de Ierse faciliteit voor International Financial Services Centre (IFSC) en de Belgische regeling voor coördinatiecentra. De concernfinancieringsregeling dient in ieder geval niet ter bevordering van de ontwikkeling in een bepaalde bedrijfstak, aangezien de regeling zich in beginsel niet beperkt tot bepaalde ondernemingen of sectoren binnen de Nederlandse economie. De regeling dient evenmin een regionale economie te ontwikkelen. Ten eerste in het gebiedsdeel waar de concernfinancieringsregeling toepassing vindt, te weten Nederland, te omvangrijk om als regio betiteld te kunnen worden. Ten tweede lijdt Nederland niet onder een stagnerende economische ontwikkeling die een regionale steunmaatregel zou rechtvaardigen. Nu de concernfinancieringsregeling niet als sectorale of regionale steun kwalificeert, resteert slechts de mogelijkheid de steun te rechtvaardigen ten behoeve van de ontwikkeling van een bepaalde economische activiteit. In het kader van de concernfinancieringsregeling zou dan gedacht moeten worden aan de ontwikkeling van financieringsactiviteiten vanuit Nederland. Of de Commissie concernfinancieringsactiviteiten aanmerkt als een economische bedrij-

63 Zie J.P.M. Kooijmans, De Wet bevordering speur- en ontwikkelingswerk in relatie met art. 92-94 EG-Verdrag; toegestane steun of niet?, Weekblad 1994, blz. 1519 e v

64 P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen, Kluwer Deventer, 1995, blz. 478 e.v., onderscheiden een viertal groepen steunmaatregelen: regionale steun, sectorsteun, facetsteun en diverse steun (bijv. exportsteun)

65 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 3, Memorie van toelichting, blz. 8

vigheid waarvan de ontwikkeling bevorderd moet worden door middel van steunverlening door de Nederlandse overheid, mag echter ten eerste worden betwijfeld. De concernfinancieringsregeling lijkt bezwaarlijk als een uitgezonderde steunmaatregel van onderdeel c te kunnen worden aangemerkt. Te meer omdat de concernfinancieringsregeling niet of nauwelijks bijdraagt aan de realisatie van de doelstellingen van de Gemeenschap genoemd in art. 2 EG-Verdrag. De concernfinancieringsregeling zal immers nauwelijks voor een evenwichtige en duurzame economische en sociale groei binnen de Gemeenschap zorg dragen.

Art. 87, derde lid, onderdeel e EG-Verdrag bepaalt dat op voorstel van de Commissie de Raad steunmaatregelen kan aanwijzen die als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kunnen worden beschouwd. De Raad wordt in dit voorschrift slechts gemachtigd om in algemene en abstracte termen aan te geven aan welke vereisten een steunmaatregel moet voldoen om door de Commissie als met de gemeenschappelijke markt verenigbaar te kunnen worden aangemerkt.⁶⁶ In een concreet geval kan de Raad niet zelf een steunmaatregel verenigbaar verklaren met de gemeenschappelijke markt. Of een steunmaatregel verenigbaar is wordt door de Commissie beoordeeld aan de hand van de algemene en abstracte omschrijving van de Raad. In de praktijk heeft de uitzonderingsmogelijkheid van onderdeel e geen grote betekenis door de ruim geformuleerde uitzonderingsbepalingen van onderdeel a t/m d. Daarnaast lijkt het bijzonder onwaarschijnlijk dat de Raad als beleidsdoelstelling zal hanteren de bevordering van concernfinancieringsactiviteiten. De Raad zal de machtiging van onderdeel e derhalve niet gebruiken om een uitzonderingspositie te creëren voor de concernfinancieringsregeling.

9.2.4 Verbodshandhaving

9.2.4.1 Inleiding

Uit de redactie van art. 87 en de samenhang met art. 88 blijkt dat art. 87 geen rechtstreeks werkende bepaling betreft. Art. 88 EG-Verdrag biedt de Commissie de controlemogelijkheid op naleving van art. 87. In maart 1999 heeft de Raad een verordening aangenomen over de procedure die geldt voor toepassing van art. 88 EG-Verdrag.⁶⁷ In de verordening is de procedure beschreven die geldt voor aanmelding van mogelijke staatssteun bij de Commissie door de lidstaten. Bovendien kent de verordening aan de Commissie de bevoegdheid toe maatregelen te nemen indien de Commissie op het spoor komt van onrechtmatige staatssteun die niet is aangemeld.

⁶⁶ J.A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht*, Kluwer Deventer, 1981, blz. 266.
⁶⁷ Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr. 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art. 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/I.

Bij het toezicht op grond van art. 88 dient een onderscheid te worden gemaakt tussen de preventieve controle op nieuwe steunmaatregelen en de repressieve controle op bestaande steunmaatregelen. Laatstgenoemde maatregelen betreft alle steun die vóór de inwerkingtreding van het EG-Verdrag in de betreffende lidstaat reeds bestond, door de Commissie of Raad goedgekeurde steunregelingen, en steun die geacht wordt goedgekeurd te zijn omdat de Commissie niet binnen twee maanden na aanmelding een standpunt heeft ingenomen over de steunmaatregel.⁶⁸

9.2.4.2 *Preventieve controle*

De lidstaten moeten de Commissie volledig informeren over in te voeren steunmaatregelen, ook die van fiscale aard. De lidstaten moeten elk voornemen tot invoering van een nieuwe steunmaatregel ingevolge art. 88, derde lid, aanmelden bij de Commissie.⁶⁹ Bij de beoordeling of een regeling voldoet aan de omschrijving van een steunmaatregel in de zin van art. 87, eerste lid, heeft een lidstaat een zekere discretionaire bevoegdheid. Indien een steunmaatregel kennelijk niet voldoet aan deze omschrijving is volgens Winter de aanmeldingsplicht niet van toepassing.⁷⁰ Door de verplichte aanmelding wordt de Commissie in de gelegenheid gesteld een voorlopig onderzoek te verrichten. Indien dit onderzoek uitwijst dat de maatregel strijdig is met de gemeenschappelijke markt dan dient onverwijld de formele onderzoeksprocedure van art. 88, tweede lid, gevolgd te worden.⁷¹ Volgens het Hof betekent 'onverwijld' binnen een periode van twee maanden.⁷² Heeft de Commissie binnen twee maanden na aanmelding geen standpunt ingenomen over de steunmaatregel, dan kan de lidstaat de betreffende maatregel uitvoeren.⁷³ Vanaf dat moment behoort de maatregel tot de bestaande steunmaatregelen. Zolang het voorlopig onderzoek binnen de twee maandsperiode niet is afgesloten kan de lidstaat de steunmaatregel niet verlenen. Dit blokkeringseffect vloeit voort uit de laatste volzin van art. 88, derde lid, EG-Verdrag. Overigens geldt het blokkeringseffect ook voor niet-aangemelde steunmaat-

68. Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr. 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art. 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art. 1

69. Bepaalde soorten van steunmaatregelen kunnen door de Commissie generiek vrijgesteld worden van de verplichting tot aanmelding. Het betreft steun ten behoeve van het midden- en kleinbedrijf, onderzoek en ontwikkeling, milieubescherming en werkgelegenheid en opleiding. Zie Raad 7 mei 1998, Verordening (EG) nr. 994/98, betreffende toepassing van art. 92 en 93 EG-Verdrag op bepaalde soorten van horizontale steunmaatregelen, PB 1998, L142/1.

70. J. A. Winter, *Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht*, Kluwer Deventer, 1981, blz. 278.

71. Zie § 9.2.4.3

72. HvJ EG 11 december 1973, zaak 120/73 (Lorenz GmbH), *Jurisprudentie* 1973, 1471, en Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr. 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art. 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art. 4, vijfde lid.

73. Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr. 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art. 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art. 4, zesde lid: 'De betrokken lidstaat kan daarop de betrokken maatregelen ten uitvoer leggen na de Commissie hiervan vooraf in kennis te hebben gesteld, tenzij de Commissie binnen een termijn van vijftien werkdagen volgende op de ontvangst van de kennisgeving een beschikking overeenkomstig lid 4 geeft.'

regelen⁷⁴ Art 88, lid 3, laatste volzin, is een rechtstreeks werkende bepaling. De rechtstreekse werking strekt zich ook uit tot iedere niet-aangemelde steunmaatregel. Dit betekent dat een nationale rechterlijke instantie in een voorkomend geval de blokkeringsbepaling moet toepassen ten aanzien van een niet-aangemelde nieuwe steunmaatregel.

9.2.4.3 Repressieve controle

Bestaande steunmaatregelen zijn ingevolge art 88, eerste lid, onderworpen aan een voortdurend onderzoek. Indien de Commissie meent dat een bestaande steunmaatregel niet of niet langer verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, geeft zij een aanbeveling waarbij de betrokken lidstaat dienstige maatregelen voorstelt. Deze aanbeveling kan inhouden de betrokken steunregeling inhoudelijk te wijzigen, of procedurele vereisten in te voeren, of de steunregeling af te schaffen.⁷⁵ Aanvaardt de betrokken lidstaat de voorgestelde maatregelen niet, en blijft de Commissie bij haar standpunt dat de maatregelen noodzakelijk zijn, dan opent de Commissie de formele onderzoeksprocedure van art 88, tweede lid. Tijdens deze procedure worden lidstaat en eventuele belanghebbenden gehoord. De Commissie heeft tijdens het onderzoek de mogelijkheid de lidstaat te bevelen de steunverlening op te schorten totdat de Commissie een beschikking heeft gegeven.⁷⁶ Bovendien kan de Commissie tijdens de formele onderzoeksprocedure de lidstaat een voorlopig terugvorderingsbevel geven.⁷⁷ Een dergelijk bevel moet onmiddellijk worden uitgevoerd. De nationale rechtsmiddelen hebben daarbij geen opschortende werking.⁷⁸ De procedure eindigt met een negatieve beschikking of met een beschikking die de maatregel, al dan niet onder bepaalde voorwaarden, verenigbaar verklaart.⁷⁹ In geval van een negatieve beschikking dient de steunmaatregel opgeheven te worden, en legt de Commissie de lidstaat de verplichting op de onrechtmatig verleende steun terug te vorderen.⁸⁰

74 HvJ EG 11 december 1973, zaak 120/73 (Lorenz GmbH), Jurisprudentie 1973, 1471.

75 Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art 17.

76 Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art 11, eerste lid.

77 Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art 11, tweede lid.

78 Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art 14, derde lid.

79 Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art 7.

80 Commissie 24 november 1983, Mededeling, PB 1983, C 318/3, en Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art 14, eerste lid.

9.2.4.4 *Aanmelding concernfinancieringsregeling*

Ten aanzien van de concernfinancieringsregeling heeft de Raad van State reeds in een vroegtijdig stadium de vraag gesteld of de verantwoordelijke autoriteiten in Brussel zijn geconsulteerd.⁸¹ Tijdens de parlementaire behandeling is door de staatssecretaris opgemerkt dat de concernfinancieringsregeling niet bij de Europese Commissie behoeft te worden aangemeld, aangezien de regeling van art. 15b Wet Vpb. 1969 een generiek karakter heeft en in het verlengde ligt van de aard en opzet van het Nederlands fiscale stelsel.⁸² In maart 1997 heeft de Commissie om informatie verzocht over de concernfinancieringsregeling in het kader van de vraag of sprake zou kunnen zijn van staatssteun in de zin van art. 87 EG-Verdrag. Dezelfde maand is een afschrift van de regeling aan de Commissie toegezonden waarbij tevens is aangegeven waarom volgens Nederland geen sprake is van staatssteun in de zin van art. 87 EG-Verdrag. Waarschijnlijk is in de informatie naar de Commissie herhaald hetgeen reeds tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt. Van de zijde van de Commissie is daarna niets meer vernomen.⁸³

9.2.4.5 *Informatieverstrekking op verzoek van Commissie*

Zoals reeds opgemerkt in § 9.2.4.2 is de beoordeling of een regeling voldoet aan de omschrijving van art. 87, eerste lid, in eerste instantie aan het inzicht van de betreffende lidstaat overgelaten. Teneinde de beoordeling niet geheel aan de discretie van de lidstaat over te laten, kan de Commissie verzoeken enige informatie, documenten en gegevens over een verdachte steunmaatregel toe te zenden. Na beoordeling van de toegezonden informatie kan de Commissie de lidstaat verzoeken de maatregel aan te melden in de zin van art. 88, derde lid. Een dergelijke gang van zaken heeft zich bijvoorbeeld voorgedaan bij de invoering van de Wet bevordering speur- en ontwikkelingswerk.⁸⁴ De verzochte aanmelding van deze wet ingevolge art. 88, derde lid, dat

81. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Advies Raad van State en nader rapport, blz. 3

82. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 17

83. Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financiën op vragen 1 en 2 van de leden van de Tweede Kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997

In Het Financieel Dagblad d.d. 30 oktober 1997, wordt melding gemaakt van een bericht uit Brussel dat de Europese Commissie de concernfinancieringsregeling als een schadelijke belastingconcurrerende maatregel ziet. 'Volgens de woordvoerder van Monti gaat het hier om een overduidelijk voorbeeld van een schadelijke belastingmaatregel.' Volgens hetzelfde krantenbericht heeft het Ministerie van Financiën evenwel niets van de Commissie vernomen.

In het rapport Belastingen als beleidsinstrument, van de Algemene Rekenkamer, TK, vergaderjaar 1998-1999, 26 452, nrs. 1 en 2, blz. 21, is opgemerkt dat de discussie met de Europese Commissie over de concernfinancieringsregeling nog niet is afgerond.

In het NRC Handelsblad d.d. 22 februari 2000 is melding gemaakt van een aankondiging van eurocommissaris Monti dat hij zijn ambtenaren opdracht heeft gegeven te onderzoeken welke aspecten van de Nederlandse vennootschapsbelasting als verkapte staatssteun kunnen worden aangemerkt.

84. Zie J.P.M. Kooijmans, De Wet bevordering speur- en ontwikkelingswerk in relatie met art. 92-94 EG-Verdrag, toegestane steun of niet?, Weekblad 1994, blz. 1519.

wil zeggen als nieuwe steunmaatregel, vond plaats tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel

De aanmelding in het kader van art 88, derde lid, ziet uitsluitend op nog niet tot uitvoer gebrachte, voorgenomen steunmaatregelen. De toegezonden informatie kan evenwel ook betrekking hebben op een reeds ingevoerde regeling. De vraag rijst dan of de Commissie ten aanzien van een reeds tot uitvoer gebrachte regeling de repressieve onderzoeksprocedure van art 88, tweede lid, kan inleiden. Strikt genomen ziet het tweede lid op procedures tegen bestaande, met inachtneming van art 88, derde lid, ingevoerde steunmaatregelen. In het arrest HvJ EG 2 juli 1974, zaak 173/73 (sociale lasten in de textielsector), Jurisprudentie 1974, 709, heeft het Hof art 88 evenwel ruim uitgelegd. Het Hof overwoog: 'dat de geest en de opzet van art 88 echter meebrengen dat, wanneer de Commissie vaststelt dat een steunmaatregel in strijd met lid 3 is ingevoerd of gewijzigd, zij moet bepalen dat de betrokken Staat die maatregel moet opheffen of wijzigen, met name wanneer zij van mening is dat die maatregel volgens art 87 niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt'. Derhalve staat het de Commissie vrij ook de onderzoeksprocedure van art 88, tweede lid, in te leiden ten aanzien van een bestaande, niet volgens art 88, derde lid, aangemelde regeling. Voornoemde ruime interpretatie blijkt ook uit het procedureverloop in de zaak Commissie 17 november 1987, Beschikking 88/174/EEG (BUG-Alutechnik), PB L 79/29. Daarin wordt door de Commissie ten aanzien van een reeds uitgevoerde steunmaatregel verzocht enige informatie toe te zenden. Na beoordeling van deze informatie kan de formele onderzoeksprocedure van art 88, tweede lid, worden ingeleid.

Ten tijde van het verzoek tot informatieverstrekking over de concernfinancieringsregeling, heeft deze regeling reeds enige tijd kracht van wet. Indien de Commissie naar aanleiding van de verstrekte informatie vermoedt dat de concernfinancieringsregeling een steunmaatregel betreft in de zin van art 87, eerste lid, dient derhalve de procedure van art 88, tweede lid, te worden ingeleid. Zodra deze procedure is geopend, wordt daarvan mededeling gedaan in het Publicatieblad.

9.2.5 Gevolgen van verboden maatregel

9.2.5.1 Inleiding

De Commissie kan aan een verbodsbeschikking de verplichting verbinden dat de lidstaat de in strijd met het Verdrag toegekende steunbedragen terugvordert. Ingevolge een beleidsmededeling van de Commissie uit 1983 zal onrechtmatig verleende steun automatisch gepaard gaan met de verplichting de toegekende steun terug te vorderen.⁸⁵ In geval van een fiscale steunmaatregel wordt het terug te vorderen be-

⁸⁵ Commissie 24 november 1983, PB 1983, C 318/3.

drag berekend op grond van een vergelijking tussen de werkelijk betaalde belasting en de belasting die had moeten worden betaald volgens de algemeen toepasselijke regels. Dit bedrag wordt vervolgens vermeerderd met rente.⁸⁶ Van onrechtmatige steunverlening is geen sprake indien na aanmelding bij de Commissie de onderzoeksprocedure van art. 88 is doorlopen. Indien deze procedure is gevolgd dient het vertrouwen van belanghebbenden niet te worden geschaad. De Commissie kan een dergelijke steunmaatregel niet met terugwerkende kracht ongedaan maken.

9.2.5.2 *Terugwerkende kracht*

Ingevolge de beleidsmededeling van de Commissie uit 1983 zal onrechtmatig verleende steun, ongeacht de mogelijke verenigbaarheid van de steunmaatregel, automatisch samengaan met verplichte terugvordering. Het Hof heeft voornoemd beleid van de Commissie enigszins genuanceerd.⁸⁷ Ondanks de onrechtmatigheid van een niet-aangemelde steunmaatregel is de terugvordering van de steun gebaseerd op onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Een terugvorderingsbevel kan dus niet enkel gebaseerd zijn op schending van de aanmeldingsverplichting van art. 88, derde lid.⁸⁸ Teneinde terugvordering te rechtvaardigen dient niet-aangemelde steun tevens onverenigbaar te zijn met de gemeenschappelijke markt.

Indien na informatieverstrekking door de lidstaat gedurende enige maanden niets van de Commissie is vernomen zou een dergelijk stilzwijgen bij belanghebbenden het vertrouwen kunnen wekken dat de regeling geen bezwaar ontmoet bij de Commissie. De vraag rijst in hoeverre een dergelijk vertrouwen dient te worden beschermd tegen de terugwerkende kracht van een nadien uitgevaardigde verbodsbeschikking. Aangezien aanmelding in de zin van art. 88, derde lid, niet heeft plaatsgevonden, is de regeling niet rechtmatig tot stand is gekomen. Enerzijds kan worden betoogd dat vanwege het feit dat aanmelding niet is geschied en dus de Commissie zich niet uitdrukkelijk heeft kunnen uitlaten over de verenigbaarheid van de concernfinancieringsregeling, toepassing van de regeling voor eigen risico van belanghebbenden is. Anderzijds zou bepleit kunnen worden dat door het stilzwijgen van de Commissie het bij belanghebbenden gewekte vertrouwen dient te worden beschermd. Bij laatstgenoemd standpunt behoort aan een verbodsbeschikking geen terugwerkende kracht te worden verbonden. De beleidsmededeling van de Commissie uit 1983 biedt in ieder geval geen ruimte om het vertrouwen van belanghebbenden te beschermen. Aangezien het Hof in het geval van een onrechtmatige en onverenigbare maatregel immer terugvordering toestaat, lijkt voor enige bescherming van opgewekt vertrou-

⁸⁶ Commissie 11 november 1998, Mededeling over de toepassing van de regels betreffende steunmaatregelen van de staten op maatregelen op het gebied van de directe belastingen op ondernemingen, PB 1998, C-384/3.

⁸⁷ HvJ EG 14 februari 1990, zaak C 301/87 (Boussac), Jurisprudentie 1990, 307.

⁸⁸ Zie ook P.J.G. Kapteyn en P. VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen na Maastricht, Kluwer Deventer, 1995, blz. 483.

wen geen plaats. Onrechtmatig verleende steun die bovendien niet verenigbaar blijkt met de gemeenschappelijke markt zal dan ook, ongeacht de stilzwijgperiode, automatisch samengaan met verplichte terugvordering door de lidstaat.

9 2 5 3 *Terugvorderingsmogelijkheid*

Indien de concernfinancieringsregeling met terugwerkende kracht ongedaan gemaakt moet worden, doet zich de vraag voor op welke wijze de Nederlandse staat het genoten voordeel ongedaan kan maken. Kent de Nederlandse wetgeving deze mogelijkheid of is de Nederlandse staat genoodzaakt op een andere wijze de verleende steun terug te vorderen?

9 2 5 3 1 Nationale wetgeving

Terugvordering van steun die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt moet in beginsel geschieden volgens de regels van nationaal recht. Hierbij merk ik op dat de vorming van een risicoreserve naar nationaal recht volkomen gerechtvaardigd is. Een beschikking in de zin van art. 15b, tiende lid Wet Vpb 1969 is voor een periode van tien jaar op legitieme gronden afgegeven. De vraag doet zich dan ook voor of de Nederlandse wetgeving de mogelijkheid biedt om een legitiem toegekende belastingfaciliteit in opdracht van de Commissie ongedaan te maken. Hierbij zijn een tweetal subvragen te onderscheiden. Allereerst is de vraag of reeds genoten steun met terugwerkende kracht ongedaan kan worden gemaakt. Vervolgens is de vraag of de mogelijkheid bestaat om, ondanks de mogelijkheid pas na tien jaar de voorwaarden aan te passen, de dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve voortijdig ongedaan te maken.

Terugwerkende kracht

In de Nederlandse belastingwetgeving worden de instrumenten om belastingheffing te realiseren aangereikt door de bepalingen in de AWR. De heffingsmogelijkheden ten aanzien van de vennootschapsbelasting zijn opgenomen in hoofdstuk III van de AWR. Aldaar is in artikel 16 aan de fiscus de bevoegdheid toegekend belasting na te vorderen indien aanvankelijk ten onrechte geen of te weinig belasting is betaald. Ingevolge het eerste lid is voor een aanvullende heffing een nieuw feit vereist dat de inspecteur, toen hij de aanslag vaststelde, niet kende of redelijkerwijs niet bekend had kunnen zijn. Een gewijzigd inzicht bij de inspecteur kan geen aanleiding zijn tot navordering. Een gewijzigd inzicht van de wetgever, al dan niet opgelegd door de Commissie, kan evenmin aanleiding zijn tot navordering. Beide laatstgenoemde beperkingen tot navordering vinden hun grond in het rechtszekerheidsbeginsel. Dit beginsel houdt in dat de belastingplichtige er in redelijkheid op moet kunnen vertrouwen dat de fiscus niet op een onherroepelijk vaststaande aanslag zal terugkomen. Bovendien mag belastingplichtige in het kader van de concernfinancieringsregeling

enig vertrouwen ontleen aan het gegeven dat de beschikking pas is afgegeven nadat de belastingplichtige de nodige informatie heeft verstrekt aan de inspecteur.⁸⁹ Het standpunt van de inspecteur zal dan immers op een weloverwogen wijze op basis van een bepaald feitencomplex⁹⁰ tot stand zijn gekomen. Bij een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel is niet relevant of dat het gevolg is van een gewijzigd inzicht van de inspecteur of van een corrigerende handeling door de wetgever. Regels van nationale wetgeving kunnen als gevolg van het rechtszekerheidsbeginsel niet met terugwerkende kracht ongedaan worden gemaakt. Het herstellen van foutieve wetgeving kan dus niet geschieden door het opleggen van een navorderingsaanslag.

Vervolgens rijst de vraag of de Nederlandse staat het ten onrechte genoten voordeel op basis van het Nederlands civiele recht kan terugvorderen. Een vordering uit hoofde van onverschuldigde betaling (art. 6:203 BW) is niet aan de orde aangezien geen sprake is van een onverschuldigde betaling door de Nederlandse staat. Toepassing van de concernfinancieringsregeling bewerkstelligt wel een verrijking van de belastingplichtige ten koste van de staat. Mitsdien biedt een (terug)vordering uit ongerechtvaardigde verrijking wellicht een ingang voor de staat. Art. 6:212 BW bepaalt dat hij die ongerechtvaardigd is verrijkt ten koste van een ander verplicht is, voorzover dit redelijk is, diens schade te vergoeden tot het bedrag van zijn verrijking. Voor een dergelijke vordering is slechts plaats als de verrijking ongerechtvaardigd is, dat wil zeggen indien voor de vermogensvermeerdering geen redelijke grond aanwezig is. Nu de verarming van de Nederlandse staat als gevolg van de concernfinancieringsregeling uitdrukkelijk is beoogd door de verarmde partij, lijkt geen sprake van een ongerechtvaardigde verrijking.⁹¹ De redelijke grond voor de verrijking van het CFA-lichaam wordt gevonden in de wettelijke regeling van art. 15b Wet Vpb. 1969. Een actie uit ongerechtvaardigde verrijking lijkt mitsdien uitgesloten.

Binnen tienjaarsperiode

Een beschikking tot vorming van een risicoreserve wordt voor onbepaalde tijd afgegeven. De voorwaarden die door de inspecteur in de beschikking worden gesteld, kunnen iedere tien jaar worden aangepast aan de feiten en omstandigheden.⁹² Een noodzakelijke wijziging van de concernfinancieringsregeling als gevolg van een beschikking van de Commissie, eventueel gepaard gaande met een terugvorderingsverplichting, kan aangemerkt worden als een wijziging van de omstandigheden in de zin van art. 15b, achtste lid Wet Vpb. 1969. Naar aanleiding van een gewijzigde

89 In voorwaarde II van de modelbeschikking worden onder meer genoemd informatie omtrent de concernstructuur en de omvang en de aanwending van het concernfinancieringsvermogen

90. Indien geen sprake is van een nieuw feit, kan een verboden steunmaatregel niet worden teruggevorderd op grond van art. 16 AWR R.H.C. Luja, Een gerechtvaardigd vertrouwen in belastingfaciliteiten? Weekblad 1999, blz. 1046, oppert dat het 'nieuwe feit'-vereiste wellicht op/zij gezet kan worden op basis van het door de Commissie uitgevaardigde terugvorderingsbevel

91. Zie Asser-Hartkamp, 4-III, Verbintenissenrecht, Tjcken Willink Deventer, 1998, blz. 334

92. Zie § 3.4.4

omstandigheid kan de inspecteur na een periode van tien jaar de voorwaarden wijzigen of aanvullen, mits de gestelde voorwaarden passen binnen het door art 15b, achtste lid, gestelde kader. Indien de Commissie een verbodsbeschikking heeft uitgevaardigd zal de inspecteur moeten beslissen dat art 15b geen toepassing meer kan vinden. Als gevolg daarvan zal de risicoreserve voorzover deze op dat moment aanwezig is, aan de regulier belaste winst worden toegevoegd.⁹³ De bedragen die gedurende de tienjaarsperiode, al of niet onbelast, aan de risicoreserve zijn onttrokken kunnen in dat geval niet alsnog tot de belaste winst worden gerekend.

De vraag resteert of de vastgestelde onrechtmatigheid van de concernfinancieringsregeling onmiddellijk effect kan sorteren. Kan het CFA-lichaam binnen de tienjaarsperiode verplicht worden de risicoreserve te laten vrijvallen vanaf het boekjaar waarvan de aangifte nog niet onherroepelijk vaststaat? Reeds geregelde aangiften kunnen op basis van het rechtszekerheidsbeginsel niet met terugwerkende kracht worden gecorrigeerd.⁹⁴ De inspecteur geeft een beschikking ex art 15b Wet Vpb 1969 af, nadat het door de belastingplichtige overlegde feitencomplex uitvoerig is beoordeeld. Blijft het feitencomplex ongewijzigd dan kan de inspecteur pas na een periode van tien jaar de voorwaarden wijzigen. De belastingplichtige mag er dan ook in redelijkheid op vertrouwen dat de fiscus niet tussentijds op de afgegeven beschikking zal terugkomen. Een wijziging in de omstandigheden, te weten een verbodsbeschikking van de Europese Commissie, lijkt de inspecteur niet de mogelijkheid te bieden de beschikking in te trekken, aangezien dan in strijd gehandeld wordt met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Nu evenwel de concernfinancieringsregeling in het kader van de EU-gedragscode in het Primarolo-rapport van 29 november 1999 als potentieel schadelijk belastingmaatregel is aangemerkt,⁹⁵ rijst de vraag in hoeverre de inspecteur in strijd met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel handelt, indien een na 29 november 1999 afgegeven beschikking binnen de tienjaarsperiode wordt ingetrokken.

Uit het voorgaande leid ik af dat de huidige Nederlandse wetgeving de inspecteur niet de mogelijkheid biedt met terugwerkende kracht toepassing van de concernfinancieringsregeling ongedaan te maken. Pas na het verstrijken van de tienjaarsperiode lijkt de inspecteur de beschikking te kunnen intrekken, en zal het CFA-lichaam de dan aanwezige risicoreserve aan de winst moeten toevoegen. Reeds verrichte onbelaste onttrekkingen blijven ongemoeid. Een beschikking kan slechts binnen de tien-

93 Art 15b negende lid bepaalt dat ingeval de belastingplichtige niet voldoet aan de door de inspecteur *gewijzigde* voorwaarden de reserve niet aan de winst hoeft te worden toegevoegd zolang de belastingplichtige blijft voldoen aan de voorwaarden die van toepassing waren totdat deze werden gewijzigd. Ingeval na de tienjaarsperiode de beschikking wordt ingetrokken is strikt genomen geen sprake van een wijziging van de voorwaarden: hetgeen logischerwijs leidt tot een toevoeging aan de regulier belaste winst.

94 Zie § 9.2.5.3.1

95 Zie § 9.3.8

jaarsperiode worden ingetrokken indien niet in strijd gehandeld wordt met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.

9.2.5.3.2 Gemeenschapsrecht

Tot tien jaar na de steunverlening kan de Commissie aan de lidstaat opdracht geven de verleende steun terug te vorderen.⁹⁶ Terugvordering van onverenigbare steun mag niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt door regels van nationaal recht.⁹⁷ De vroegere toestand moet worden hersteld door terugbetaling van de steun. Een lidstaat dient zich in beginsel te schikken naar de terugvorderingsbeschikking van de Commissie. Slechts in geval van volstreekte onmogelijkheid behoeft een lidstaat hieraan niet te voldoen.⁹⁸ Financiële problemen of een mogelijk faillissement van de steunontvanger leveren in ieder geval geen volstreekte onmogelijkheid op.

Uit de beleidsmededeling van de Commissie uit 1983 volgt dat een ondernemer aan onrechtmatig verleende steun geen vertrouwen kan ontleen. De gedragslijn van de Commissie is dat onrechtmatig verleende steun automatisch wordt teruggevorderd.⁹⁹ Een volgens nationale wetgeving gerechtvaardigd vertrouwen of gewettigd beroep op het rechtszekerheidsbeginsel kan in principe niet in de weg staan aan terugvordering van reeds genoten steun. Volgens het Europese Hof kan een steun genietende ondernemer slechts een beroep doen op het vertrouwensbeginsel als de steun met inachtneming van de procedure van art. 88 EG-Verdrag is toegekend.¹⁰⁰ Immers, een behoedzame ondernemer zal normaliter in staat zijn zich ervan te vergewissen of deze procedure is gevolgd.¹⁰¹ Het gemeenschapsrecht verlangt derhalve dat de nationale autoriteit overeenkomstig de terugvorderingsbeschikking van de Commissie handelt, ook indien deze terugvordering krachtens nationaal recht is uitgesloten.

Alhoewel de Nederlandse wetgeving niet de mogelijkheid kent reeds toegekende steun terug te vorderen, is de Nederlandse overheid op grond van het gemeenschapsrecht gehouden gevolg te geven aan een terugvorderingsbeschikking van de Commissie.¹⁰² De terugvordering van de steun behoeft niet noodzakelijkerwijs de vorm

96. Raad 22 maart 1999, Verordening (EG) nr 659/1999, tot vaststelling van nadere bepalingen voor toepassing van art. 93 EG-Verdrag, PB 1999, L83/1, art. 15, eerste lid

97. HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-24/95 (Alcan), Jurisprudentie 1997, 1591.

98. HvJ EG 21 maart 1990, zaak C-142/87 (Tubemeuse), Jurisprudentie 1990, 959

99. Commissie 24 november 1983, Mededeling, PB 1983, C 318/3

100. Zie § 9.2.4.

101. HvJ EG 20 september 1990, zaak C-5/89 (BUG-Alutechnik), Jurisprudentie 1990, 3437

Overigens wordt een aanmelding van een steunmaatregel door een lidstaat en de eventuele beslissing van de Commissie om de procedure van art. 88, tweede lid, niet in te leiden, op geen enkele wijze openbaar gemaakt. Een onderneming die steun heeft ontvangen moet derhalve bij nationale instanties en bij de Commissie nagaan of aanmelding heeft plaatsgevonden.

102. Indien een lidstaat geen gevolg geeft aan de verplichting de onwettige steun terug te vorderen, dan kan de Commissie op grond van art. 88, tweede lid, EG-Verdrag dit rechtstreeks voorleggen aan het Hof van Justitie

van een belastingheffing met terugwerkende kracht aan te nemen. Ingeval de belastingaanslagen reeds definitief zijn vastgesteld kan, teneinde een inbreuk op het rechtszekerheidsbeginsel te voorkomen, de onderneming die de steun heeft ontvangen gelast worden een bedrag te betalen dat overeenkomt met het bedrag van de onwettig toegekende belastingfaciliteit.¹⁰³ Alle door de Nederlandse staat als gevolg van de concernfinancieringsregeling gederfde belastingopbrengsten moeten met een rentecorrectie worden teruggevorderd. Niet van belang is op welke wijze deze terugvordering plaatsvindt, zolang deze maar plaatsvindt.¹⁰⁴ Dit zou voor de concernfinancieringsregeling kunnen betekenen dat het CFA-lichaam de nog aanwezige risicoreserve met een rentecorrectie aan de winst moet toevoegen, dat ten aanzien van aan de reserve belast onttrokken bedragen het rentevoordeel wordt teruggevorderd en dat het belastingvoordeel ter zake van onbelast of tegen een bijzonder tarief onttrokken bedragen met een rentecorrectie wordt teruggevorderd. Overigens heeft het terugdraaien van gedane dotaties aan de risicoreserve ook een afgeleid effect. Een correctie van een onbelaste onttrekking zal bijvoorbeeld ook een correctie van het opgeofferd bedrag tot gevolg moeten hebben. Als de betreffende deelneming is geliquideerd, is het genoten voordeel inmiddels ongedaan gemaakt door het lagere liquidatieverlies dat is geleden.

9.2.5.4 *Schadevergoeding*

Het niet voldoen aan de aanmeldingsverplichting van art. 88, derde lid, EG-Verdrag, betekent een schending van het gemeenschapsrecht die aan de lidstaat valt toe te rekenen. De vraag rijst in hoeverre een belastingplichtige ondernemer bij de nationale rechter de Nederlandse Staat aansprakelijk kan stellen voor de geleden schade als gevolg van de terugvordering. Hierbij valt zowel te denken aan een vergoeding voor het steunontvangende CFA-lichaam dat zelf schade heeft geleden,¹⁰⁵ als aan een vergoeding voor de concurrerende ondernemer die aantoonbaar schade heeft geleden van de vervalste concurrentie door het steunontvangende lichaam. Een eventuele schadevergoeding die de nationale autoriteit op grond van een rechterlijke uitspraak zou moeten betalen aan een benadeelde ondernemer, vormt volgens het Hof in de regel geen steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag.¹⁰⁶

103 HvJ EG 10 juni 1993, zaak C-183/91 (Helleense Republiek), Jurisprudentie 1993, 3131

104 Zie R.H.C. Lujala, Een gerechtvaardigd vertrouwen in belastingfaciliteiten? Weekblad 1999, blz 1047

Wordt de steun in de vorm van een belastingheffing teruggevorderd, dan kan het CFA-lichaam deze last niet in aftrek brengen van de winst. Vindt de terugvordering in een andere vorm plaats, dan kan het CFA-lichaam wellicht deze last in mindering brengen op de winst. P.J. Wattel, Belastingconcurrentie, staatssteun, de EG-gedragscode en de Nederlandse CFM, NTER 1998, nr 1/2, blz 21, is van mening dat het CFA-lichaam voor het risico van terugvordering wellicht een fiscaal aftrekbare voorziening zou kunnen opnemen.

105 Hierbij valt zowel te denken aan de teruggevorderde steun, als aan adviseurs- en proceskosten en kosten die zijn gemaakt om aan de substancevoorwaarden in Nederland te kunnen voldoen.

106 HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 106-120/87 (Asteris), Jurisprudentie 1988, 5515 →

Indien de schending van het gemeenschapsrecht is toe te rekenen aan de nationale wetgever die bij het maken van normatieve keuzes over een ruime beoordelingsmarge beschikt, hebben de benadeelden volgens het gemeenschapsrecht recht op schadevergoeding indien:

- a. de geschonden rechtsregel ertoe strekt de benadeelden rechten toe te kennen,
- b. er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht, en
- c. er een direct causaal verband bestaat tussen de schending en de geleden schade.¹⁰⁷

Een lidstaat heeft een zekere discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling of een nieuwe regeling voldoet aan de omschrijving van een steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag.¹⁰⁸ De Nederlandse wetgever heeft bij de beschouwing van de concernfinancieringsregeling in relatie tot art. 87 EG-Verdrag over een zekere beoordelingsmarge beschikt. Eventuele benadeelden hebben slechts recht op schadevergoeding indien aan de drie voornoemde cumulatieve voorwaarden is voldaan.

De eerste voorwaarde zou in de context van de concernfinancieringsregeling betekenen dat het verbod tot toekenning van ongeoorloofde steunmaatregelen zoals geformuleerd in artikel 87, strekt tot rechtsbescherming van de benadeelden. Ten aanzien van het steunontvangende CFA-lichaam is daarvan geen sprake. Integendeel, art. 87 EG-Verdrag beschermt niet het belang van het CFA-lichaam, de bepaling wordt uitsluitend tegen haar gebruikt. Daarentegen beoogt art. 87 EG-Verdrag wel de belangen van concurrerende ondernemers te beschermen. Ten aanzien van de concurrerende ondernemers lijkt dus te zijn voldaan aan de eerste voorwaarde.

Een schending van het gemeenschapsrecht is voldoende gekwalificeerd als sprake is van een kennelijke en ernstige miskennis door de lidstaat van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid moet blijven. Voor de beoordeling of een schending voldoende is gekwalificeerd zijn onder meer van de belang van de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge en de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan. De regeling van art. 87 EG-Verdrag lijkt op zich voldoende duidelijk. Echter, een lidstaat heeft enige discretionaire bevoegdheid bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een steunmaatregel. Daarnaast is de vraag aan de orde of de Nederlandse wetgever door invoering van de concernfinancieringsregeling opzettelijk art. 87 EG-Verdrag heeft geschonden. Tijdens de parlementaire behandeling is het generieke

Door A-G Sir Gordon Slynn is in zijn conclusie opgemerkt dat art. 87 t/m 89 een dode letter zijn als een onverenigbare steunmaatregel wordt vervangen door een schadevergoeding welke is toegekend door een nationale rechtelijke instantie.

107 HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur en Factortame), Jurisprudentie 1996, 1029.

Deze voorwaarden zijn afgeleid van de voorwaarden zoals gesteld in HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), Jurisprudentie 1991, 5357.

108 Zie § 9.2.4.2

karakter van de concernfinancieringsregeling benadrukt, waardoor de regeling volgens de wetgever niet als een steunmaatregel kan worden aangemerkt.¹⁰⁹ Van bewuste schending van het gemeenschapsrecht lijkt dan ook geen sprake. Niet valt in te zien dat de invoering van de concernfinancieringsregeling een kennelijke en ernstige miskenning is van de beleidsvrijheid van de Nederlandse staat.

De derde voorwaarde is dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending en de geleden schade. De benadeelde persoon kan door onzorgvuldig handelen deze causale band verbreken. Van onzorgvuldig handelen is sprake indien de benadeelde persoon niet alle maatregelen heeft genomen die de schade hadden kunnen voorkomen of in ieder geval in omvang hadden kunnen beperken. De overheid kan niet aansprakelijk worden gesteld voor schade die de benadeelde had kunnen voorkomen door tijdig een beroepsmogelijkheid aan te wenden. Zoals opgemerkt in § 9.2.4.2 is de verplichting voor lidstaten om geen steunmaatregelen uit te voeren die niet volgens de procedure zijn aangemeld – de zogenoemde blokkeringsbepaling van art. 88, derde lid, laatste volzin EG-Verdrag – een rechtstreeks werkende verplichting. Benadeelde concurrenten kunnen zich dus tot de nationale rechter wenden om op grond van art. 88, derde lid, stopzetting van niet-aangemelde of nog niet-goedgekeurde steun te vorderen.¹¹⁰ Het niet-aanwenden van deze beroepsmogelijkheid neemt het causale verband weg tussen de schadeveroorzakende handeling, in casu de toekenning van de concernfinancieringsregeling, en de veroorzaakte schade voor de benadeelde personen. Een benadeeld CFA-lichaam had de schade kunnen beperken door zelf in een vroegtijdig na te gaan of de concernfinancieringsregeling met inachtneming van de procedure van art. 88 EG-Verdrag is ingevoerd.

Uit het voorgaande leid ik af dat aan de hand van de door het gemeenschapsrecht gestelde voorwaarden vergoeding van de geleden schade als gevolg van toepassing van de concernfinancieringsregeling buitengewoon moeilijk is. Ten aanzien van een CFA-lichaam zal niet voldaan zijn aan de eerste voorwaarde, aangezien de geschonden rechtsregel van art. 87 EG-Verdrag niet dient tot bescherming van het CFA-lichaam. Voorts lijkt de schending van het gemeenschapsrecht niet voldoende gekwalificeerd te zijn en ontbreekt meestentijds het causale verband tussen de schending en de geleden schade.

109. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, B, Nader rapport, blz. 3.

110. Een nationale wettelijke regeling ter zake van schadevergoeding mag niet van dien aard zijn, dat het verkrijgen van schadevergoeding praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk is. De uitoefening van de rechten die de nationale rechter ingevolge het gemeenschapsrecht moeten beschermen, mag niet nagenoeg onmogelijk worden gemaakt. Zie HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), Jurisprudentie 1991, 5357.

9.3 GEDRAGSCODE

9.3.1 Inleiding

Teneinde een belastingmaatregel als steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag te kwalificeren moet binnen een lidstaat een voordeel toekomen aan een of meer specifieke ondernemingen. De Commissie kan een meer generieke belastingmaatregel niet via de procedure van art. 87 en 88 EG-Verdrag opheffen. Indien een dergelijke generieke maatregel de concurrentieverhoudingen op de gemeenschappelijke markt verstoort, zal deze verstoring op een andere wijze moeten worden opgeheven. De onderlinge aanpassing van de wetgevingen ingevolge art. 94 EG-Verdrag lijkt hiervoor geschikt. De harmonisering van fiscale wetgeving kan evenwel slechts met eenparigheid van stemmen van de lidstaten plaatsvinden. Als gevolg van de vereiste unanimiteit en door de grote diversiteit van de fiscale stelsels binnen de gemeenschap komt een dergelijke juridisch bindende maatregel tot aanpassing van de belastingwetgevingen slechts zeer moeizaam tot stand. Voor de belastingharmonisatie binnen de gemeenschap is art. 94 EG-Verdrag dan ook van geringe praktische betekenis.

Binnen de Europese Commissie bestaat al enige jaren het besef dat de schadelijke effecten van belastingconcurrentie moeten worden tegengegaan. In 1992 is in het Ruding-rapport onder meer de aanbeveling gedaan dat de lidstaten een afspraak moeten maken over de minimale effectieve belastingheffing ten aanzien van de directe belastingen.¹¹¹ Belastingconcurrentie tussen de lidstaten leidt immers tot erosie van de belastinggrondslag en verstoort de concurrentieverhoudingen. Aangezien de lidstaten hun belastingsovereiniteit op het gebied van de directe belastingen niet wensten op te geven,¹¹² kon het rapport destijds niet op instemming van de Raad rekenen. In maart 1996 heropende commissaris Monti de discussie over belastingconcurrentie binnen de Europese Unie. In het Monti-rapport wordt, in navolging van het Ruding-rapport, gewaarschuwd voor belastingerosie en concurrentievervalsing als gevolg van belastingconcurrentie tussen de lidstaten.¹¹³ Voorts wordt er op gewezen dat belastingconcurrentie per saldo leidt tot een belastingverlichting op de mobiele (financierings)activiteiten en tot een belastingverhoging van de (immobiele) productiefactor arbeid. Daardoor zal werkloosheid ontstaan. Op 22 oktober 1996 werd een vervolgrapport gepresenteerd, waarin onder meer de grote lijnen zijn aan-

111 European Communities, Conclusions and recommendations of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (Ruding-rapport), Office for Official Publications of the European Communities Luxembourg, 1992, blz. 35.

112. Voor de soevereiniteit van de lidstaten ten aanzien van de directe belastingen wordt de nadruk gelegd op het subsidiariteitsbeginsel zoals neergelegd in art. 5 EG-Verdrag.

Zie ook de notitie van de staatssecretaris van Financien 'Uitgangspunten van het beleid op het terrein van het internationaal fiscaal (verdragen)recht', 15 april 1998, nr. 98/079, V-N 1998, blz. 1958. 'De rol van de EG dient daarbij volgens Nederland niet gericht te zijn op integrale fiscale harmonisatie, maar veeleer op een gecoördineerde aanpak en afstemming met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel.'

113. Commissie 20 maart 1996, Belastingheffing in de Europese Unie, SEC(96) 487 def.

gegeven om belastingerosie tegen te gaan.¹¹⁴ Voorgesteld wordt het begrip 'schadelijke belastingconcurrentie' af te bakenen en te komen tot een zekere mate van belastingcoördinatie door middel van een politieke of morele gedragsverklaring welke schadelijke belastingconcurrentie tussen de lidstaten ten aanzien van directe winstbelastingen moet voorkomen. Na instemming van de Raad is een werkgroep van deskundigen geïnstalleerd, die het vervolgrapport nader moest invullen. Dit resulteerde op 1 oktober 1997 in een gedragscode,¹¹⁵ die op 1 december 1997 door de Raad is aangenomen.¹¹⁶ Deze gedragscode ziet zowel op bestaande als op nieuwe, nog in te voeren wet- en regelgeving. De code is geen juridisch bindende maatregel, doch slechts een morele gedragsverklaring.¹¹⁷ Voor een juridisch bindende maatregel is ingevolge art. 94 EG-Verdrag immers eenparigheid van stemmen vereist.

In de gedragscode is geen definitie van het begrip 'schadelijke belastingconcurrentie' gegeven. Er worden enige kenmerken opgesomd waaraan schadelijke belastingconcurrerende maatregelen zijn te herkennen. In de gedragscode is bepaald dat een studiegroep aan de hand van deze kenmerken een inventarisatie maakt van schadelijke fiscale stelsels in de lidstaten.¹¹⁸ Deze studiegroep onder leiding van mevrouw Primarolo is geïnstalleerd op 9 maart 1998. De studiegroep heeft op 29 november 1999 rapport uitgebracht aan de ECOFIN-vergadering.¹¹⁹ In dit rapport is een lijst gepubliceerd van potentieel schadelijke belastingmaatregelen die aan een nader onderzoek worden onderworpen. De studiegroep heeft onder meer de concernfinancieringsregeling op deze lijst geplaatst.¹²⁰ Na een nader onderzoek wordt bepaald

114. Commissie 22 oktober 1996, Belastingheffing in de Europese Unie, verslag over de ontwikkeling van belastingstelsels, COM(96) 546 def

115. Commissie 1 oktober 1997, Naar belastingcoördinatie in de Europese Unie; een pakket om schadelijke belastingconcurrentie te bestrijden, COM(97) 495 def.

116. Raad 1 december 1997, Conclusie van de Raad (Ecofin) inzake het belastingbeleid (gedragscode), PB 1998, C 2/1. Deze gedragscode maakt onderdeel uit van een pakket belastingmaatregelen van de Raad van Ministers. De andere maatregelen hebben betrekking op een Europese richtlijn voor rente en royalty's in geïsoleerde verhoudingen en een richtlijn voor spaarrente

117. Voor een uitgebreide beschrijving van de historische achtergrond van de EU-gedragscode zij verwezen naar H.M. Liebman en S. Leventhall, *Moving towards tax coordination*, European taxation maart 1998, blz. 96-99.

118. Vooruitlopend op de uitkomst van het Primarolo-rapport van 29 november 1999 heeft staatssecretaris van Financiën Vermeend in het najaar van 1998 een tweetal belastingadviesbureaus en een onderzoeksinstituut elk afzonderlijk een onderzoek laten uitvoeren naar de effectieve belastingdruk op ondernemingen in Nederland en de andere EU-lidstaten. Daartoe is niet alleen gekeken naar de belastinggrondslag en -tarieven, maar ook naar specifieke belastingfaciliteiten in de desbetreffende landen. Uit dit onderzoek blijkt dat Nederland een gemiddelde effectieve belastingdruk kent. Staatssecretaris Vermeend tracht zich met dit rapport te verzetten tegen de opvatting bij de andere lidstaten dat Nederland investeringen uit andere lidstaten lokt met aantrekkelijke belastingfaciliteiten. Het onderzoek en de uitkomst daarvan zijn beschreven in W.A. Vermeend, *Effective tax rates in Europe*, EC Tax Review 1999/3, blz. 160-163, en J.S. Rijkels, *Drie rapporten over belastingdruk op ondernemingen in de EU*, Ondernemingsrecht 1999/13, blz. 349-353.

119. Code of Conduct Group (Business Taxation), Brussels, 23 november 1999, SN 4901/99. Zie ook V-N 2000, blz. 518-537

120. Naar aanleiding van het Primarolo-rapport deelde minister Zalm van Financiën mede met een aantal aspecten niet tevreden te zijn. Zo zijn de economische gevolgen van het aanpassen van fiscale maat- →

welke belastingmaatregelen als schadelijk aangemerkt kunnen worden. Op grond van de gedragscode dienen schadelijke belastingmaatregelen vóór 1 januari 2003 te worden gewijzigd of afgeschaft. In geval van bijzondere omstandigheden kan de Raad bij eenparigheid van stemmen besluiten tot verlenging van een bepaalde regeling.

Volgens de gedragscode is een belastingmaatregel potentieel schadelijk indien de maatregel een daadwerkelijk belastingniveau oplevert dat beduidend lager is, inclusief belasting tegen nultarief, dan die welke normaal gesproken in de betrokken lidstaat van toepassing is. Niet van belang is of de lagere belastingdruk is veroorzaakt door een laag nominaal belastingtarief, een smalle belastinggrondslag of een andere relevante factor. Voor de beoordeling of een belastingmaatregel schadelijk is hanteert de studiegroep de volgende criteria:

- a. worden de voordelen uitsluitend aan niet-ingezetenen of voor transacties met niet-ingezetenen toegekend?
- b. staan de voordelen geheel los van de binnenlandse economie, zodat zij geen gevolgen hebben voor de nationale belastinggrondslag?
- c. worden de voordelen ook toegekend als er geen sprake is van enige daadwerkelijke economische activiteit of substantiële economische aanwezigheid in de lidstaat die deze belastingvoordelen biedt?
- d. wijken de regels voor het bepalen van de winst uit de binnenlandse activiteiten van een multinationale groep van ondernemingen af van de internationaal aanvaarde beginselen, met name van de in OECD-verband goedgekeurde regels?
- e. zijn de belastingmaatregelen onvoldoende doorzichtig, ook wanneer de wettelijke voorschriften op bestuursrechtelijk niveau minder stringent en op ondoorzichtige wijze worden toegepast?

Indien naast het effectief lagere belastingniveau aan een of meer van voorgaande kenmerken is voldaan, dan is in beginsel sprake van een schadelijke belastingmaatregel. Hierna wordt de concernfinancieringsregeling getoetst aan bovenstaande criteria.

9.3.2 Daadwerkelijk lager belastingniveau

Teneinde als schadelijke belastingmaatregel te kwalificeren dient de regeling in ieder geval een effectief lagere belastingdruk tot gevolg te hebben dan de reguliere belastingheffing in de betrokken lidstaat. Ten aanzien van de concernfinancieringsregeling leidt de dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve in ieder geval tot uitstel van belastingbetaling. Het op deze wijze genoten liquiditeitsvoordeel verlaagt de effectieve

regelen onvoldoende onderzocht. Het kan volgens de minister niet de bedoeling zijn dat de aanpassingen leiden tot een vlucht van kapitaal naar derde landen. Voorts is het rapport op onderdelen niet fair en gaat het rapport op sommige punten voorbij aan het mandaat van de gedragscodegroep (Ministerie van Financiën, BFB/99-1242m, Den Haag, 7 december 1999).

tieve belastingdruk. Op de risicoreserve rust in beginsel een vennootschapsbelastingclaim. Ingeval binnen het concern een liquidatieverlies, afwaarderingsverlies of verlies uit buitenlandse vaste inrichting wordt geleden, dient immers een bedrag gelijk aan het verlies belast aan de risicoreserve te worden onttrokken. Naast deze belaste afnamemogelijkheid kan de risicoreserve onder bepaalde voorwaarden ook onbelast of tegen een verlaagd aanbouwtarief (10%) afnemen. In laatstgenoemde situatie bedraagt de belastingheffing over concernfinancieringswinsten en opbrengsten van kortlopende beleggingen 15%,¹²¹ hetgeen aanmerkelijk lager is dan het reguliere vennootschapsbelastingtarief.

9.3.3 Uitsluitend toepassing niet-ingezetenen of transacties met niet-ingezetenen

Indien een belastingmaatregel uitsluitend toegepast kan worden door niet-ingezetenen of voor transacties aangegaan met niet-ingezetenen, kan sprake zijn van een schadelijke belastingmaatregel. Met deze omschrijving lijkt te worden bedoeld op fiscale regelingen met offshore-achtige kenmerken. Het inwonersbegrip is in de gedragscode niet nader omschreven. Het ligt mijns inziens voor de hand dat de plaats van vestiging van een lichaam wordt beoordeeld naar de plaats van de feitelijke leiding van het lichaam. Dat is doorgaans de plaats waar de dagelijkse bestuurshandelingen van een lichaam worden verricht. Dit criterium komt namelijk ook in veel verdragen voor als criterium om de woonplaats van een lichaam vast te stellen. Onder een niet-inwonende vennootschap lijkt derhalve te worden verstaan een lichaam waarvan de feitelijke leiding elders is gevestigd. Opgemerkt dient te worden dat een dergelijk lichaam wel over een vaste inrichting kan beschikken.

9.3.3.1 Toepassing niet-ingezetenen

Ingevolge art. 15b, eerste lid, Wet Vpb. 1969, kan een lichaam dat uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten verricht, een risicoreserve vormen. Oorspronkelijk voorzag het wetsvoorstel slechts in een risicoreservefaciliteit voor binnenlands belastingplichtigen. Pas in de nota naar aanleiding van het verslag is aangegeven dat ook een vaste inrichting in Nederland van een buitenlandse vennootschap een risicoreserve moet kunnen vormen.¹²² Deze uitleg is in overeenstemming met de definitie van het lichaamsbegrip zoals gebezigd in art. 15b, eerste lid. Het begrip lichaam

¹²¹ 20% van de concernfinancieringswinst en 20% van de opbrengst van de overnamekas dient tegen het reguliere 35%-tarief te worden afgerekend, hetgeen leidt tot een effectieve belastingheffing van 7%. De overige 80% wordt gedoteerd aan de risicoreserve, welke tegen een speciaal tarief van 10% kan worden afgebouwd, hetgeen neerkomt op een effectieve heffing van 8%. Dit resulteert in een totale belastingdruk van 15%.

¹²² TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 20.

dient immers als verzamelbegrip voor alle belastingplichtigen – zowel binnenlandse als buitenlandse – van de vennootschapsbelasting.

Tijdens de parlementaire behandeling is het begrip ‘uitsluitend vanuit Nederland’ uitgelegd als een voorwaarde dat een CFA-lichaam in een buitenlandse vaste inrichting geen financieringsactiviteiten mag verrichten.¹²³ In een later stadium¹²⁴ is het begrip ‘uitsluitend vanuit Nederland’ door de staatssecretaris gebruikt om de ‘centrale spilfunctie’-voorwaarde aan op te hangen. Deze voorwaarde houdt in dat het CFA-lichaam als centrale spil moet fungeren voor de financieringsactiviteiten van de groep als geheel. Voorts dient het CFA-lichaam te beschikken over gekwalificeerd personeel met zelfstandige beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de financieringsactiviteiten.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat in de visie van de staatssecretaris een risicoreserve slechts kan worden gevormd door binnenlandse en buitenlandse belastingplichtigen met voldoende substance in Nederland. Afgezien van de vraag of de inspecteur deze substancevoorwaarden rehtens wel kan stellen, dient een lichaam in ieder geval in Nederland binnenlands of buitenlands belastingplichtig te zijn voor de vennootschapsbelasting om een risicoreserve te kunnen vormen. De concernfinancieringsregeling wordt derhalve niet uitsluitend aan niet-inwoners van Nederland toegekend.

9.3.3.2 *Transacties met niet-ingezetenen*

Teneinde een risicoreserve te vormen moet een lichaam deel uitmaken van een internationaal werkzaam concern. Het internationale karakter van de concernfinancieringsregeling uit zich in de voorwaarde dat het CFA-lichaam de financieringsactiviteiten moet verrichten ten behoeve van groepsvennootschappen welke zijn gevestigd in ten minste vier landen of op ten minste twee continenten. De financieringsinkomsten van het CFA-lichaam moeten per land minimaal 5% of per continent minimaal 10% bedragen. Bovendien moet van het concernfinancieringsvermogen ten minste 90% buiten Nederland zijn aangewend. Ondanks voornoemde internationale karakter ziet de regeling niet uitsluitend op transacties met buitenlandse concernvennootschappen. Ook inkomsten uit financieringsactiviteiten ten behoeve van Nederlandse groepsvennootschappen kunnen aan de risicoreserve worden gedoteerd. De concernfinancieringsregeling heeft dus niet alleen betrekking op transacties aangegaan met niet-inwoners.¹²⁵ Voor een belaste onttrekking aan de risicoreserve is zelfs volledig

123 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 6, Nota van wijziging, blz. 8

124. Zie het antwoord van de staatssecretaris van Financien op de zevende en achtste vraag van de leden van de Tweede kamer, Persbericht nr. 97/159, 's-Gravenhage, 6 oktober 1997

125. Anders F.A. Engelen, Belastingconcurrentie binnen de EU Over fiscale beleidsconcurrentie, fiscale marktdistorsies en fiscale staatssteun, MBB 1999, blz. 30

irrelevant of een verlies is geleden ter zake van een risico verbonden aan binnenlandse of buitenlandse activiteiten

9.3.4 Gevolgen voor nationale belastinggrondslag

Een belastingmaatregel die geheel los staat van de economie van een lidstaat heeft meestentijds nauwelijks invloed op de nationale belastinggrondslag van de betreffende lidstaat. Een dergelijke regeling kwalificeert volgens de gedragscode als een schadelijke belastingmaatregel.

De doelstelling van de concernfinancieringsregeling is multinationals te stimuleren hun buitenlandse, laag belaste, groepsfinancieringsmaatschappijen naar Nederland te verplaatsen. Als gevolg van de door de staatssecretaris gestelde substancevoorwaarden,¹²⁶ zal het CFA-lichaam in Nederland over een eigen, gefacilieerd kantoor dienen te beschikken. Daarnaast moet het CFA-lichaam gekwalificeerd personeel in dienst hebben. Het CFA-lichaam dat de risicoreserve vormt neemt in dat opzicht deel aan de Nederlandse economie en beïnvloedt langs die weg per definitie de Nederlandse belastinggrondslag.

De vraag rijst of de concernfinancieringsregeling als zodanig gevolgen heeft voor de Nederlandse belastinggrondslag. Ervan uitgaande dat voor een lichaam de belastbare winst ex art. 7 Wet Vpb 1969 de grondslag vormt voor de vennootschapsbelasting, en dat een dotatie aan de risicoreserve in mindering komt op deze winst, heeft de concernfinancieringsregeling invloed op de belastbare winst casu quo de belastinggrondslag. De concernfinancieringsregeling leidt voor lichamen die voor hun concernfinancieringsactiviteiten reeds in Nederland belast waren, tot een verkleining van de belastinggrondslag. Buitenlandse lichamen die hun concernfinancieringsactiviteiten verplaatsen naar Nederland zijn niet volledig vrijgesteld van belastingheffing en dragen mitsdien bij aan een vergroting van de Nederlandse belastinggrondslag.

In de gedragscode wordt de term 'nationale belastinggrondslag' gebezigd. Dit woordgebruik duidt erop dat de belastinggrondslag op macroniveau moet worden gezien. De staatssecretaris heeft tijdens de parlementaire behandeling dienaangaande opgemerkt dat de concernfinancieringsregeling voor Nederland budgettair neutraal is en naar verwachting zelfs enige opbrengst zal bieden.¹²⁷ De belastingopbrengst ten aanzien van de naar Nederland verplaatste groepsfinancieringsmaatschappijen zal naar zijn verwachting in eerste instantie de gederfde opbrengsten als gevolg van reserveringen aan de risicoreserve compenseren. De staatssecretaris acht het derhalve waarschijnlijk dat de belastinggrondslag, dat wil zeggen de belastbare winst na vermindering met de dotatie aan de risicoreserve, als gevolg van de concernfinancierings-

¹²⁶ Zie § 2.3

¹²⁷ TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 17

ringsregeling onaangetast blijft. Ongeacht de uitlatingen van de staatssecretaris zou de studiegroep een analyse moeten maken van het effect van de concernfinancieringsregeling op de nationale belastinggrondslag. Gezien de beïnvloeding van de belastinggrondslag op individueel niveau zal naar alle waarschijnlijkheid de concernfinancieringsregeling eveneens gevolgen hebben voor de belastinggrondslag op macroniveau.¹²⁸ Slechts indien de toestroom van buitenlandse financieringsmaatschappijen toevalligerwijs een zodanige omvang heeft dat de gedeelde belastingopbrengsten daarmee worden vereffend, zal de nationale belastinggrondslag nauwelijks wijzigen.

9.3.5 Daadwerkelijke economische activiteit

Een belastingmaatregel die een voordeel toekent zonder dat enige reële economische activiteit plaatsvindt in de betreffende lidstaat, kan volgens de gedragscode als een schadelijke belastingmaatregel kwalificeren. Dit kenmerk hangt in sterke mate samen met de twee voorgaande kenmerken behandeld in § 9.3.3 en 9.3.4. Indien in een lidstaat een belastingvoordeel uitsluitend toekomt aan niet-inwoners, zal immers veelal geen reële economische activiteit plaatsvinden in de betreffende lidstaat. Evenmin zal in die situatie de belastinggrondslag worden beïnvloed.

Zoals reeds opgemerkt in voorgaand onderdeel zal als gevolg van de zogenaamde substancevoorwaarden het CFA-lichaam in Nederland over een eigen kantoor met gekwalificeerd personeel moeten beschikken. Deze concrete vereisten zijn een uitvloeisel van een opmerking die de staatssecretaris heeft gemaakt tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Aldaar is opgemerkt dat indien concerns gebruik willen maken van de concernfinancieringsregeling, van belang is dat de regeling alleen van toepassing is op situaties waarbij sprake is van een reële, duurzame en zelfstandige activiteit die vanuit Nederland wordt verricht.¹²⁹ Met de eis dat de activiteiten reëel vanuit Nederland moeten worden verricht, lijkt de staatssecretaris aan te geven dat de concernfinancieringsactiviteiten vanuit Nederland wezenlijke betekenis moeten hebben. Als gevolg van deze voorwaarde kan volgens de staatssecretaris het voordeel van de concernfinancieringsregeling niet worden genoten zonder enige reële activiteit in Nederland.

Het is evenwel de vraag of de substancevoorwaarden gesteld kunnen worden. De wettekst van art. 15b biedt immers geen mogelijkheid deze voorwaarden daaronder te rangschikken. Het eerste lid van art. 15b bepaalt dat een lichaam een risicoreserve kan vormen indien zij financieringsactiviteiten vanuit Nederland verricht. Dergelijke

128. F.A. Engelen, Belastingconcurrentie binnen de EU. Over fiscale beleidsconcurrentie, fiscale marktdistorsies en fiscale staatssteun, MBB 1999, blz. 30, is van mening dat aangezien het financieringsvermogen slechts voor maximaal 10% binnen Nederland mag worden aangewend, feitelijk sprake is van bescherming van de Nederlandse belastinggrondslag.

129. EK, vergaderjaar 1996-1997, 24 696, nr. 52b, Memorie van antwoord, blz. 2.

activiteiten zullen ontegenzeggijk enige substance in Nederland tot gevolg hebben. Zelfs zonder inachtneming van de door de staatssecretaris nader gestelde substancevoorwaarden, zal een lichaam dus slechts een risicoreserve kunnen vormen indien enige substance in Nederland aanwezig is. Alsdan lijkt sprake van enige reële economische activiteit in Nederland.

9.3.6 Winstbepaling van intra-groep activiteiten

Een belastingregeling waarvan de winstbepaling met betrekking tot activiteiten binnen een multinationale groep afwijkt van de internationaal geaccepteerde beginselen, wordt door de gedragscode als schadelijk ervaren. In dit criterium kunnen een tweetal subcriteria worden onderscheiden. Ten eerste zou bedoeld kunnen zijn dat een regeling schadelijk is vanwege onacceptabele verrekenprijzen tussen gelieerde multinationale ondernemingen, en ten tweede zou men het oog kunnen hebben op regelingen waarbij de winst behaald met groepsactiviteiten op een onacceptabele wijze wordt vastgesteld. In beide situaties oefent de regeling immers invloed uit op de belastbare winst van een onderneming.

9.3.6.1 Verrekenprijzen

Het in de gedragscode genoemde criterium impliceert dat een regeling niet acceptabel is indien deze de groepswinsten binnen de Gemeenschap zodanig alloceert dat deze afwijkt van het door de OECD ontwikkelde mechanisme voor belastingverdeling. De prijsbepaling voor transacties tussen ondernemingen is van invloed op de hoogte van de winst van de ondernemingen en beïnvloedt daardoor de te betalen vennootschapsbelasting. Tussen niet-gelieerde ondernemingen bepaalt het marktmechanisme de prijs. Transacties tussen gelieerde multinationale ondernemingen worden evenwel niet beheerst door het marktmechanisme. Voor deze transacties moeten dus verrekenprijzen worden vastgesteld. De grondslag voor internationaal aanvaarde verrekenprijzen wordt gevormd door het arm's length-beginsel. Dit beginsel betekent dat wordt uitgegaan van een zakelijke prijs die niet-gelieerde ondernemingen onder dezelfde omstandigheden zouden vaststellen. Teneinde in de praktijk tot een zakelijke prijs te komen zijn in OECD-rapport *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, 1995, een aantal methoden aangedragen.

Het OECD-rapport voorziet onder meer in de zogenoemde cost plus- en resale minusmethode voor transacties tussen gelieerde ondernemingen, die niet vergelijkbaar zijn met transacties tussen niet-gelieerde partijen. Indien op basis van een belastingregeling belastingplichtigen zonder meer deze methoden ter bepaling van een verrekenprijs mogen toepassen, lijkt sprake te zijn van een schadelijke belastingregeling. Wordt ter zake van een bepaalde transactie niet uitgegaan van een vergelijkbare zakelijke prijs die niet-gelieerde partijen onder dezelfde omstandigheden zouden

vaststellen, maar van een prijs op basis van de cost plus- of resale minusethode, dan lijkt sprake van een niet-aanvaardbare verrekenprijs.

Ingeval de belastingautoriteit van enig land de door een ander land gehanteerde verrekenprijs corrigeert, kan sprake zijn van een dubbele belastingheffing. Voor deze situaties is in 1990 door de lidstaten van de Europese Gemeenschap het zogenoemde Arbitrageverdrag in het leven geroepen.¹³⁰ Dit verdrag is in werking getreden op 1 januari 1995. Het Arbitrageverdrag voorziet in arbitrage tussen lidstaten bij verschil van mening over de te hanteren verrekenprijs. Als gevolg hiervan zal een onacceptabele verrekenprijs tussen gelieerde EU-ondernemingen door de benadeelde lidstaat worden gecorrigeerd, zonder dat dit dubbele belastingheffing tot gevolg behoeft te hebben.¹³¹

9.3.6.2 Winstbepaling

Indien de winstbepaling ten aanzien van intra-groep activiteiten afwijkt van internationaal geaccepteerde beginselen kan sprake zijn van een schadelijke belastingmaatregel. De vraag die bij dit criterium opkomt is of, en zo ja, in welke regeling of rapport de internationaal aanvaarde beginselen zijn vastgelegd. De OECD heeft voorzover mij bekend nimmer een rapport uitgebracht waarin beginselen zijn neergelegd met betrekking tot de winstbepaling ten aanzien van intra-groepactiviteiten. Deze beginselen zullen dan ook hun grondslag moeten vinden in wat naar de algemene opvatting van de bij de OECD aangesloten landen een acceptabele methode is voor de vaststelling van de winst met betrekking tot activiteiten binnen een multinationale groep.

Wellicht kan aansluiting worden gezocht bij het criterium dat de Commissie hanteert bij de beoordeling of een belastingmaatregel als steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag moet worden aangemerkt. Dit criterium bepaalt dat een belastingmaatregel als een ongeoorloofde steunmaatregel kan kwalificeren indien de regeling afwijkt van de algemeen aanvaarde belastingstructuur. Bij deze beoordeling wordt een belastingmaatregel getoetst aan de systematiek van de fiscale wetgeving van een lidstaat. De beoordeling in het kader van de gedragscode ziet evenwel op toetsing aan internationaal aanvaarde beginselen. Dit neemt echter niet weg dat de door een lidstaat aanvaarde belastingstructuur in zijn algemeenheid in overeenstemming mag worden geacht met de internationaal aanvaarde beginselen van winstbepaling. De vraag is mitsdien of de concernfinancieringsregeling onderdeel uitmaakt van de in Nederland algemeen aanvaarde belastingstructuur. Is dit het geval, dan mag redelijk-

130. Verdrag ter afschaffing van dubbele belasting in geval van winstcorrecties tussen verbonden ondernemingen (90/436/EEG)

131. Het OECD-modelverdrag bevat eveneens een bepaling op grond waarvan onacceptabele verrekenprijzen door de verdragsluitende staten kunnen worden gecorrigeerd. Ingeval dubbele belastingheffing mocht optreden, voorziet het verdrag in een overlegprocedure tussen beide landen.

kerwijs worden aangenomen dat de regeling ook in overeenstemming is met de internationaal aanvaarde beginselen van winstbepaling

In § 8.5 is opgemerkt dat de forfaitaire reserveringsmogelijkheid niet in overeenstemming is met het realiteitsvereiste van goed koopmansgebruik, volgens welk vereiste de methode van winstberekening de jaarwinst op een realistische wijze tracht te benaderen¹³² De concernfinancieringsregeling maakt voorts inbreuk op de fiscale zelfstandigheid van het CFA-lichaam¹³³ Bovendien zijn de onbelaste afnamemogelijkheid van de risicoreserve en de mogelijkheid de reserve vrijwillig te beëindigen tegen een verlaagde afbouwtarief (10%) niet gekend binnen de Nederlandse belastingstructuur De vrijval van andere fiscale reserves geschiedt namelijk immer tegen het reguliere belastingtarief¹³⁴ Op basis hiervan lijkt de concernfinancieringsregeling af te wijken van de in Nederland algemeen aanvaarde belastingstructuur Dit zou er op kunnen duiden dat de concernfinancieringsregeling evenmin in overeenstemming is met de internationaal aanvaarde beginselen van winstbepaling.

De studiegroep welke in het kader van de gedragscode op 23 november 1999 een rapport heeft uitbracht, is van oordeel dat de Nederlandse concernfinancieringsregeling een potentieel schadelijke belastingconcurrerende regeling betreft Het feit dat de reserve op forfaitaire wijze wordt bepaald ongeacht de daadwerkelijk gelopen risico's, lijkt voor de studiegroep de reden te zijn geweest de concernfinancieringsregeling als schadelijk aan te merken.

9.3.7 Transparantie

Eveneens kan sprake zijn van een schadelijke belastingmaatregel als de regeling te weinig doorzichtig is Dit transparantiecriterium vertoont grote gelijkenis met het criterium dat de Commissie hanteert bij de beoordeling of een belastingmaatregel als ongeoorloofde steunmaatregel kwalificeert Laatsgenoemd criterium is behandeld in § 9.2.2.3.3 en houdt in dat een belastingmaatregel als een ongeoorloofde steunmaatregel kan worden aangemerkt indien de maatregel niet berust op objectieve en horizontale criteria Van een objectieve regeling is sprake indien de regeling zonder aanzien des persoons wordt toegepast en in concrete situaties dus geen ruimte voor verschil in toepassing toelaten Een dergelijke objectieve regeling zal vrijwel zonder uitzondering kunnen worden omschreven als een transparante regeling.

In § 9.2.2.3.3 is opgemerkt dat de modelbeschikking van 2 oktober 1997 slechts een richtsnoer is voor de voorwaarden die de inspecteur ingevolge art 15b, achtste lid,

132 Zie § 8.5.4.1

133 Zie § 8.5.4.2

134 Zie § 8.5.4.3

Wet Vpb 1969 kan stellen. Per individueel geval worden de voorwaarden aangepast. Bovendien zijn de substancevoorwaarden en de centrale spilfunctie te weinig concreet ingevuld. De concernfinancieringsregeling lijkt ook in dat opzicht in individuele gevallen teveel ruimte in haar gebruik toe te laten. Het is derhalve twijfelachtig of de concernfinancieringsregeling als een objectieve regeling kan worden bestempeld. Dit impliceert dat ook twijfels rijzen over het transparante karakter van de concernfinancieringsregeling. Overigens heeft de door de Commissie ingestelde studiegroep in haar rapport van 23 november 1999 niets opgemerkt over het geringe transparante karakter van de financieringsregeling.

9.3.8 Gevolgen van schadelijke belastingmaatregel

De gedragscode is geen juridisch bindende maatregel, doch slechts een politiek manifest van de lidstaten. De ontmanteling van schadelijk geachte belastingregimes dient door middel van de wetgeving van de betreffende lidstaat te geschieden. De gedragscode biedt immers geen juridische instrument om schadelijke belastingregelingen ongedaan te maken. Indien de concernfinancieringsregeling als schadelijke belastingmaatregel mocht kwalificeren, zal de ontmanteling derhalve binnen de mogelijkheden die de Nederlandse wetgeving biedt, moeten plaatsvinden.

Zoals betoogd in § 9.2.5 biedt de Nederlandse wetgeving niet de mogelijkheid de genoten belastingvoordelen als gevolg van de concernfinancieringsregeling, met terugwerkende kracht ongedaan te maken. Evenmin lijkt voor het verstrijken van de tienjaarsperiode de beschikking ex art. 15b te kunnen worden ingetrokken. Eenmaal afgegeven beschikkingen moeten op grond van de Nederlandse belastingwetgeving gedurende tien jaar worden gerespecteerd. Als gevolg hiervan zou de concernfinancieringsregeling ook nog na 1 januari 2003 toepassing kunnen vinden. In hoeverre een dergelijke, blijkens de gedragscode ongewenste situatie langs politieke weg ongedaan kan worden gemaakt, blijft evenwel de vraag.

De per 9 maart 1998 geïnstalleerde studiegroep onder leiding van mevrouw Primarolo heeft op 29 november 1999 rapport uitgebracht aan de ECOFIN-vergadering.¹³⁵ In dit rapport is een lijst gepubliceerd van mogelijk schadelijke belastingmaatregelen die aan een nader onderzoek worden onderworpen. De concernfinancieringsregeling is door de studiegroep op deze lijst geplaatst. Na het nader onderzoek wordt bepaald welke belastingmaatregelen als schadelijk aangemerkt kunnen worden. Op grond van de gedragscode dienen schadelijke belastingmaatregelen vóór 1 januari 2003 te worden gewijzigd of afgeschaft. De uitkomst van het nader onderzoek is waarschijnlijk sterk politiek gekleurd. De gedragscode maakt namelijk onderdeel uit van een pakket belastingmaatregelen van de Raad van Ministers. De andere maatregelen hebben be-

¹³⁵ Code of Conduct Group (Business Taxation), Brussels, 23 november 1999, SN 4901/99. Zie ook V-N 2000, blz. 518-537.

trekking op een Europese richtlijn voor rente en royalty's in gelieerde verhoudingen en een richtlijn voor spaarrente. Enige lidstaten hebben reeds aangegeven dat zij de uitkomst van het gedragscode-onderzoek slechts accepteren indien overeenstemming is bereikt over de andere maatregelen van het pakket.¹³⁶

Mocht de concernfinancieringsregeling als schadelijke belastingmaatregel worden aangemerkt, dan is niet duidelijk is wat de gevolgen zijn van een ontmantelingsverplichting. Strikt genomen zou dit kunnen betekenen dat de inspecteur in ieder geval tot 1 januari 2003 beschikkingen ex art. 15b kan afgeven, die zij vervolgens gedurende een periode van tien jaar moet respecteren. Of dient de sanctie van de gedragscode in ruimere zin te worden uitgelegd, hetgeen zou kunnen betekenen dat na het tijdstip waarop de regeling schadelijk is verklaard, de fiscus geen beschikking meer mag afgeven. Tot dat moment lijkt de fiscus een beschikking ex art. 15b, achtste lid, af te kunnen geven zonder dat zij daarmee in strijd handelt met de overeengekomen gedragscode.

Indien de concernfinancieringsregeling als schadelijke belastingmaatregel wordt gekwalificeerd, dan is een bijkomstig gevolg dat een CFA-lichaam geen recht heeft op bepaalde verdragsvoordelen. In het Belastingverdrag tussen Nederland en Portugal is bepaald dat lichamen die voordeel genieten van belastingmaatregelen die schadelijk zijn in de zin van de EU-gedragscode, niet gerechtigd zijn tot bepaalde verdragsvoordelen.¹³⁷

9.4 OECD-RAPPORT

Behalve binnen Europees verband, voeren ook de lidstaten binnen OECD-verband discussie over schadelijke belastingconcurrentie.¹³⁸ Dergelijke concurrentie leidt immers tot een ongewenste beïnvloeding van de locatie van waaruit financiële diensten worden verleend, erodeert de belastinggrondslag van andere landen (als gevolg waarvan de belastingdruk verschuift van mobiele naar immobiele factoren en van de directe naar de indirecte belastingen), verstoort de concurrentieverhoudingen, en

136 Op de ECOFIN-vergadering van 10 en 11 december 1999 te Helsinki, konden de lidstaten geen overeenstemming bereiken over het pakket belastingmaatregelen. Op de ECOFIN-vergadering van 19 en 20 juni 2000 te Santa Maria da Feira, zijn de lidstaten op hoofdlijnen tot overeenstemming gekomen over de richtlijn op spaarrente. De Europese Raad heeft vervolgens de ECOFIN verzocht verder te werken aan alle onderdelen van het belastingpakket teneinde zo spoedig mogelijk en uiterlijk eind 2002 een volledig akkoord te bereiken over de aanneming van de richtlijnen en de uitvoering van het belastingpakket als geheel.

137 Zie art. II, vierde lid, Protocol van het belastingverdrag tussen Nederland en Portugal, ondertekend op 20 september 1999 te Porto, V-N 1999, blz. 3880. Het verdrag is op 11 augustus 2000 in werking getreden. De bepalingen van dit verdrag vinden toepassing met ingang van 1 januari 2001.

138 De OECD bestaat momenteel uit 29 lidstaten, te weten de 15 lidstaten van de EU, Australië, Canada, Hongarije, IJsland, Japan, Mexico, Nieuw Zeeland, Noorwegen, Polen, Tjechie, Turkije, Verenigde Staten, Zuid-Korea en Zwitserland.

leidt tot een verminderde maatschappelijke acceptatie van belastingheffing in het algemeen.¹³⁹ De wens van de OECD-lidstaten mondde in april 1998 uit in het OECD-rapport 'Harmful tax competition, an emerging global issue'. Het OECD-rapport bestrijkt deels hetzelfde terrein als de EU-gedragscode. Het verschil is dat de gedragscode ziet op alle belastingregelingen voor ondernemingen, terwijl het OECD-rapport slechts ziet op de (internationale) financiële dienstverlening. Daarentegen is de geografische reikwijdte van het OECD-rapport groter dan die van de EU-gedragscode.¹⁴⁰

Het OECD-rapport noemt enerzijds een aantal kenmerken waarmee tax havens kunnen worden onderscheiden, anderzijds is een aantal criteria geformuleerd waarmee schadelijke begunstigende belastingregimes op het gebied van de (internationale) financiële dienstverlening kunnen worden geïdentificeerd. Voor de beoordeling van de concernfinancieringsregeling zijn laatstgenoemde criteria relevant. In hoofdstuk III zijn negentien aanbevelingen opgenomen ter bestrijding van de schadelijke begunstigende belastingregimes. Deze aanbevelingen hebben geen juridische status. De betekenis van het rapport is afhankelijk van de politieke intentie van de lidstaten van de OECD.¹⁴¹

Volgens het OECD-rapport karakteriseert een schadelijke belastingregime zich door

- a. een laag effectief belastingtarief (als gevolg van een laag nominaal belastingtarief of een beperkte belastinggrondslag);
- en voldoet de belastingregeling aan één of meer van de volgende kenmerken:
- b. de regeling worden uitsluitend aan niet-inwoners toegekend of aan ondernemingen die geen activiteiten ontplooiën op de binnenlandse markt van het desbetreffende land;
- c. de fiscale regeling is niet transparant;
- d. gebrek aan daadwerkelijke uitwisseling van gegevens.

Deze criteria komen in grote lijn overeen met de EU-gedragscode. Een verschil is de benadering van het effectieve tarief. Het OECD-rapport beoordeelt of een belastingregeling is onderworpen aan een laag effectief tarief. Volgens de EU-gedragscode is een laag effectief tarief niet voldoende om een belastingmaatregel als schadelijk aan te merken. De effectieve belastingdruk dient ook aanmerkelijk lager te zijn dan de

139. OECD-rapport, nr 4, blz. 8

140. Voor een vergelijking van het OECD-rapport met de EU-gedragscode zij verwezen naar Daniels, Belastingconcurrentie en internationale fiscale coordinatie. Europese Unie versus OESO, Forfaitair, november 1998, blz. 6-9, C Pinto, EU and OECD to fight harmful tax competition: Has the right path been undertaken? Intertax 1998, blz. 386-410, E Osterweil, OECD Report on Harmful Tax Competition and European Union Code of Conduct Compared, European Taxation 1999, blz. 198-202, en M.H.J. Buur, Schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie, Fiscaal Economisch Instituut Rooterdam, 2000, blz. 30-35.

141. Volgens de staatssecretaris vinden de aanbevelingen in de praktijk in het Nederlandse fiscale (verdrags)beleid voor een belangrijk deel reeds navolging. Zie Brief staatssecretaris van Financien 27 mei 1998, nr. IFZ 98/574, V-N 1998, blz. 2607.

belasting die de desbetreffende staat normaliter heft. Dit verschil is te wijten aan de soevereiniteit van de EU-lidstaten ten aanzien van de directe belastingen.¹⁴² De algemene effectieve belastingdruk is een nationale kwestie. Binnen EU-verband zijn slechts de regelingen verdacht die afwijken van hetgeen gebruikelijk is binnen die lidstaat. Een ander verschil is dat in de EU-gedragscodex het criterium inzake de inlichtingenuitwisseling ontbreekt. In het OECD-rapport wordt veel nadruk gelegd op de uitwisseling van inlichtingen. Belastingregelingen ter zake waarvan op een gebrekkige wijze inlichtingen worden uitgewisseld, duiden volgens het OECD-rapport op een schadelijke begunstigende regeling.

Ten aanzien van de concernfinancieringsregeling is in § 9.3 opgemerkt dat, afhankelijk van de feitelijke situatie, de regeling kan leiden tot een laag effectief belastingtarief (criterium a), en dat twijfels kunnen bestaan over het transparante karakter van de regeling (criterium c). In zoverre karakteriseert de concernfinancieringsregeling zich als schadelijk belastingregime.

Naast het viertal voornoemde criteria noemt het OECD-rapport een aantal andere kenmerken welke behulpzaam kunnen zijn bij het identificeren van schadelijke belastingregelingen, te weten:

- e. een gekunstelde bepaling van de belastinggrondslag;
- f. niet vasthouden aan de internationaal geaccepteerde beginselen ter bepaling van de verrekenprijzen;
- g. buitenlands inkomen is uitgezonderd van binnenlandse belastingplicht;
- h. het belastingtarief of de belastinggrondslag is voor onderhandeling vatbaar;
- i. de onmogelijkheid van belastingautoriteiten toegang te verkrijgen tot relevante informatie;
- j. toegang tot een belastingverdragen-netwerk;
- k. de profilering als gunstige fiscale regeling;
- l. het aanmoedigen van uitsluitend fiscaal gedreven handelingen.

De concernfinancieringsregeling lijkt te voldoen aan de kenmerken e, j en k.

Ter voorkoming van schadelijke belastingconcurrentie bevat het OECD-rapport een drietal categorieën van in totaal negentien aanbevelingen en richtlijnen. De eerste categorie¹⁴³ van aanbevelingen richt zich op het nationale recht van de lidstaten. De lidstaten wordt aanbevolen 'controlled foreign corporation' (CFC) en 'foreign investment fund' (FIF) regels te introduceren, de toepassing van de deelnemingsvrijstelling te beperken tot bepaalde inkomsten, een verplichting tot informatieverschaffing omtrent buitenlands inkomen in te voeren, meer objectiviteit en transparantie te betrachten inzake de rullingpraktijk, de regelgeving inzake verrekenprijzen conse-

142 Zie ook Daniels, Belastingconcurrentie en internationale fiscale coördinatie: Europese Unie versus OESO, Forfaitair, november 1998, blz 8

143. OECD-rapport, nr 97-112, aanbevelingen 1-7

quent toe te passen, en bankinformatie meer toegankelijk te maken voor belastingdoeleinden

De tweede categorie¹⁴⁴ van aanbevelingen heeft betrekking op de belastingverdragen. Deze zouden een meer efficiënte uitwisseling van informatie mogelijk moeten maken, een 'limitation of benefits' bepaling moeten bevatten, uitleg moeten bevatten omtrent de nationale anti-misbruikwetgeving van de verdragsstaten en belastingverdragen met tax havens zouden beëindigd moeten worden. Voorts wordt een gecoördineerde invordering van belastingen en wederzijdse assistentie daarbij, aanbevolen.

De derde categorie¹⁴⁵ van aanbevelingen ziet op internationale samenwerking ter bestrijding van schadelijke belastingconcurrentie. Zo is een aantal richtlijnen opgesteld die door de OECD-lidstaten moeten worden geïmplementeerd. Voorts is een zogenoemd 'Forum on Harmful Tax Practices' geïnstalleerd dat toeziet op naleving van de richtlijnen. Het Forum is samengesteld uit afgevaardigden van de lidstaten en vormt een ondersteunend orgaan van het 'Committee of Fiscal Affairs'.¹⁴⁶ De richtlijnen zijn vergelijkbaar met de EU-gedragscode. Zo moeten de lidstaten afzien van schadelijke begunstigende belastingmaatregelen, en moeten de bestaande regimes worden getoetst op schadelijke aspecten. De schadelijke belastingregimes moeten worden gemeld aan het Forum. Het Forum heeft op 26 juni 2000 het voortgangsrapport 'Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices' gepresenteerd aan de OECD-lidstaten. In dit rapport is een lijst opgenomen met potentieel schadelijke belastingmaatregelen die aan een nader onderzoek worden onderworpen. Het Forum heeft onder meer de concernfinancieringsregeling op de lijst geplaatst. Volgens het OECD-rapport uit 1998 dienen de lidstaten de schadelijke aspecten van de op de lijst voorkomende belastingregelingen voor 8 april 2003 ongedaan te hebben gemaakt.¹⁴⁷ Belastingplichtigen die reeds per 31 december 2000 gebruik maken van een schadelijke belastingregeling, mogen tot uiterlijk 31 december 2005 de regeling toepassen.¹⁴⁸

De aanbevelingen en richtlijnen van het OECD-rapport zijn juridisch niet bindend.¹⁴⁹ Naleving van de aanbevelingen en richtlijnen kan niet juridisch worden afgedwongen, en is afhankelijk van de politieke intentie van de OECD-lidstaten die hebben ingestemd met het OECD-rapport. Binnen EU-verband lijkt een grotere politieke druk uitgeoefend te kunnen worden op de lidstaten dan binnen OECD-verband. Daar het OECD-rapport en de EU-gedragscode grotendeels hetzelfde terrein bestrijken, is

144 OECD rapport nr 113-137 aanbevelingen 8-14

145 OECD rapport nr 138-156 aanbevelingen 15-19

146 De Committee of Fiscal Affairs is samengesteld uit ambtelijke vertegenwoordigers van de OECD lidstaten

147 Volgens de EU gedragscode moeten schadelijke belastingmaatregelen voor 1 januari 2003 ontmanteld zijn

148 Richtlijn nr 15 OECD rapport blz 56

149 OECD rapport nr 140 blz 53

een afstemming van beide discussies gewenst.¹⁵⁰ Voorts dient de dialoog te worden voortgezet met landen buiten het OECD-verband teneinde de discussie inzake schadelijke belastingregimes op het gewenste brede platform te kunnen voeren.¹⁵¹

9.5 WTO-OVEREENKOMST

De WTO-overeenkomst is een multilateraal verdrag dat op 1 januari 1995 in werking is getreden. Dit verdrag heeft als doel een geïntegreerd en duurzaam wereldhandelsstelsel te ontwikkelen. In het verdrag is een institutioneel kader geschetst voor de Wereldhandelsorganisatie (WTO),¹⁵² en is een geschillenprocedure opgenomen. De WTO-overeenkomst bevat een drietal materieelrechtelijke bijlagen, de Algemene Overeenkomst betreffende tarieven en handel (GATT 1994),¹⁵³ de Algemene Overeenkomst betreffende de handel in diensten (GATS), en de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS). Een lidstaat van de WTO dient te voldoen aan de voorwaarden van alle drie de handelsovereenkomsten. Het is niet mogelijk zich aan één van de overeenkomsten te onttrekken.

Onderdeel van de GATT 1994 is de Overeenkomst betreffende subsidies en compenserende maatregelen (ASCM). Op basis van de ASCM-regels dienen exportstimulerende en importbeperkende maatregelen ten aanzien van handelsgoederen te worden tegengegaan. De ASCM-regels zijn voor directe belastingen van belang ingeval een dergelijke belasting invloed heeft op de im- of export. Als voorbeeld kan wellicht genoemd worden de exportrisicoreserve van art. 13 Wet IB 1964.¹⁵⁴ Aan deze reserve kan een bepaald percentage van de exportomzet worden gedoteerd voor debiteuren- en valutarisico's. De omvang van de reserve is niet afhankelijk van de daadwerkelijk te lopen risico's, doch wordt forfaitair bepaald aan de hand van de exportomzet. In mei 1998 heeft de Verenigde Staten om overleg verzocht met de Nederlandse overheid, omdat zij van mening is dat de Nederlandse exportrisicoreserve mogelijk in strijd is met de ASCM-regels.¹⁵⁵ Elke getroffen lidstaat mag immers een overlegprocedure verzoeken met de subsidiërende staat.¹⁵⁶ Biedt een der-

150 Het OECD-rapport, nr. 18, blz. 11, merkt evenwel het volgende op ' (...) the Committee considers that each Organisation is responsible independently for the interpretation and application of its respective instruments.'

151 OECD-rapport, nr. 13-15, blz. 10

152. De WTO heeft meer dan 125 leden. Alle lidstaten van de EU zijn lid van de WTO, naast de EG, die overigens zelf geen stemrecht heeft

153. De GATT is reeds gesloten in 1947, maar is sterk gewijzigd onder de WTO-overeenkomst van 1995.

154. De exportrisicoreserve is per 1 januari 2000 afgeschaft.

155 TK, vergaderjaar 1999-2000, 26 820, nr. 12, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 45.

156. Burgers en ondernemingen hebben geen directe toegang tot de geschillenprocedure van de WTO. Indien een onderneming van mening is dat sprake is van strijd met een WTO-overeenkomst, dient zij de situatie te rapporteren bij haar regering. Geschillen in het kader van de WTO-overeenkomsten spelen zich af tussen regeringen van de lidstaten →

gelijk overleg geen uitkomst dan kan, overeenkomstig de WTO-geschillenprocedure, verzocht worden een panelcommissie te vormen. Deze onafhankelijke commissie doet een gemotiveerde juridische uitspraak over de desbetreffende kwestie.

Volgens de ASCM is sprake van een subsidie indien (i) door de overheid of een ander publiekrechtelijk lichaam (ii) een financiële bijdrage wordt geleverd, (iii) die een voordeel inhoudt voor de ontvanger. Als voorbeeld wordt genoemd een 'government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g., fiscal incentives such as tax credits)'.¹⁵⁷ De ASCM onderscheidt een drietal subsidiecategorieën:

- a. verboden subsidies,
- b. betwistbare subsidies, en
- c. niet-betwistbare subsidies.

ad a. Een subsidie is verboden indien:

- i. sprake is van een generieke of specifieke bevoordeling van een onderneming, welke
- ii. afhankelijk is van de omvang van de exportactiviteiten.¹⁵⁸

Ter toelichting op deze categorie subsidies is bepaald dat een volledige of gedeeltelijke vrijstelling, vermindering of uitstel van een directe belasting die in het bijzonder op de export betrekking heeft, verboden is. Wordt bij uitstel van belastingheffing interest in rekening gebracht, dan is geen sprake van een verboden subsidie. Ter verdere toelichting is opgenomen dat een niet zakelijke verrekenprijs een verboden subsidie kan zijn, omdat dit kan resulteren in een gedeeltelijke vrijstelling van belastingheffing.¹⁵⁹

ad b. Een subsidie is betwistbaar indien:

- i. de subsidie slechts verkregen kan worden door een beperkt aantal ondernemingen (specificiteit),¹⁶⁰ en
- ii. de belangen van andere WTO-lidstaten serieus worden geschaad.¹⁶¹

Aan de eis van specificiteit is in beginsel niet voldaan indien de subsidieregeling op objectieve en horizontale criteria berust. Het ASCM bepaalt vervolgens dat indien bepaalde indicaties aanwezig zijn, een regeling die toegepast wordt op basis van objectieve en horizontale criteria, desondanks aan de specificiteitseis kan voldoen, bijvoorbeeld als slechts een beperkt aantal ondernemingen gebruik kan maken van de regeling.

De WTO-overeenkomsten hebben (binnen de EU) in beginsel geen rechtstreekse werking. Burgers en ondernemingen kunnen zich derhalve voor de rechterlijke instanties niet beroepen op bepalingen van de WTO-overeenkomsten. Zie HvJ EG 5 oktober 1994, zaak C-280/93, Jurisprudentie 1994, 4973

157. Art. 1, eerste lid, sub a.1.ii, ASCM

158. Art. 3, eerste lid, sub a, ASCM.

159. Annex I, sub c, ASCM

160. Art. 1, tweede lid, jo art. 2 ASCM

161. Art. 5 ASCM

De belangen van andere WTO-lidstaten worden onder meer serieus geschaad indien als gevolg van de subsidie het marktaandeel van de subsidierende staat ten aanzien van een bepaald product wordt vergroot. Door de subsidie verbetert de concurrentiepositie van de subsidierende staat. Serieuze schade wordt onder meer aanwezig geacht in geval van kwijtschelding van overheidsschulden.¹⁶² Hieronder lijkt ook een vermindering of kwijtschelding van belastingschulden begrepen te kunnen worden.¹⁶³ Als gevolg hiervan zal een specifieke belastingregeling die een vermindering van belastingheffing tot gevolg heeft, als vervolgbare subsidie kunnen worden aangemerkt.

ad c Een bevoordeling die niet aan de specificiteitseis voldoet kan niet worden betwist. De ASCM merkt expliciet op dat een belastingregeling met een algemeen karakter waartoe alle ondernemingen in gelijke mate toegang hebben, niet vervolgbaar is.¹⁶⁴ Een generale bevoordeling kan uiteraard wel een verboden subsidie zijn, ingeval de bevoordeling gerelateerd is aan de omvang van de exportactiviteiten.

De vraag rijst in hoeverre de risicoreserve van art. 15b Wet Vpb 1969 als verstoringe maatregel kan worden aangemerkt. Daarbij moet op de eerste plaats worden bezien welke overeenkomst van de WTO van toepassing is op de concernfinancieringsregeling. De GATT 1994 ziet op de handel in goederen, de GATS op de handel in diensten, en de TRIPS heeft betrekking op de handel in intellectuele eigendommen. De concernfinancieringsregeling komt niet ten goede aan een specifieke bedrijfstak, maar kan door zowel de productie- als de dienstensector worden toegepast. Afhankelijk van de activiteiten van het concern dat gebruik maakt van de concernfinancieringsregeling is de GATT 1994, GATS of TRIPS van toepassing.

Vindt de GATT-overeenkomst toepassing, dan dient beoordeeld te worden in hoeverre de concernfinancieringsregeling een verboden of betwistbare subsidie is in de zin van de ASCM. Op basis van art. 15b Wet Vpb 1969, kan een deel van de winst behaald met financieringsactiviteiten worden gedoteerd aan de risicoreserve. De vorming van de risicoreserve leidt in ieder geval tot uitstel van betaling van vennootschapsbelasting, ter zake waarvan geen interestvergoeding verschuldigd is. Ingeval de risicoreserve onbelast afneemt, blijft een deel van de financieringswinst zelf geheel buiten de belaste sfeer. De regeling kent mitsdien een begunstigend karakter.

Vervolgens is de vraag aan de orde of de omvang van het genoten belastingvoordeel gerelateerd is aan de omvang van de exportactiviteiten. Het belastingvoordeel van de concernfinancieringsregeling is tweeledig. Als gevolg van de reserveringsmogelijkheid van bepaalde ondernemingswinst wordt uitstel van belastingheffing verleend,

162 Art. 6 eerste lid onderdeel d ASCM.

163 Een vermindering van een belasting die in het bijzonder betrekking heeft op de export is een *verboden* subsidie.

164 Art. 2.2 ASCM.

welk uitstel onder bepaalde voorwaarden kan leiden tot definitief afstel van belastingheffing. Uitstel wordt verkregen door ten laste van de belastbare winst bedragen aan de risicoreserve te doteren. De omvang van de dotatie is met name afhankelijk van de concernfinancieringsactiviteiten buiten Nederland. Dotatie aan de risicoreserve kan slechts plaatsvinden indien in het desbetreffende jaar de financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen in ten minste vier mogendheden worden verricht en de inkomsten per mogendheid ten minste 5% uitmaken van de totale concernfinancieringswinst van het CFA-lichaam (inkomstennorm).¹⁶⁵ Bovendien mag het financieringsvermogen voor niet meer dan 10% in Nederland worden aangewend (vermogensnorm).¹⁶⁶ Bij overschrijding van deze norm mag de winst behaald met het vermogen waarmee de norm is overschreden, niet worden gedoteerd. Uit deze inkomsten- en vermogenstoets blijkt dat naarmate de financieringsactiviteiten buiten Nederland toenemen, de dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve eveneens toeneemt. De dotatiemogelijkheid, en daarmee het voordeel als gevolg van de uitgestelde belastingbetaling, is evenwel niet afhankelijk van de omvang van de export van de handelsgoederen van het concern. Ook de mogelijkheid tot definitief afstel van belastingheffing is niet afhankelijk van de omvang van de exportactiviteiten. Door het ontbreken van een samenhang tussen het genoten belastingvoordeel en de omvang van de exportactiviteiten, is geen sprake van een verboden subsidie in de zin van de ASCM. De beperkte toegang tot de risicoreserve in samenhang met de mogelijkheid van uitstel en/of afstel van belastingheffing zou de concernfinancieringsregeling wel als betwistbare subsidie kunnen bestempelen.

Is het concern werkzaam in de financieel dienstverlenende sector, dan dient het karakter van de GATS-overeenkomst te worden bezien. Voor het toepassingsbereik van de GATS is, in tegenstelling tot de reikwijdte van de GATT 1994, een beoordeling van de algemene regels van de GATS niet voldoende. Een lidstaat is in beginsel slechts gebonden aan de GATS voorzover de desbetreffende lidstaat de verplichtingen uit hoofde van de GATS, voorzover hier van belang, uitdrukkelijk heeft geaccepteerd. Ter zake van de grensoverschrijdende financiële dienstverlening hebben de lidstaten van de EU verklaard niet gebonden te zijn aan de GATS-overeenkomst.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Zie § 3.3

¹⁶⁶ Zie § 3.2

¹⁶⁷ Zie <http://gats.info.eu.int>

Dit betekent onder meer dat een lidstaat buitenlandse dienstverleners niet op dezelfde wijze hoeft te behandelen als een binnenlandse dienstverlener. De concernfinancieringsregeling, waarbij de omvang van het belastingvoordeel afhankelijk is van de omvang van de grensoverschrijdende financieringsactiviteiten, valt mitsdien niet onder de reikwijdte van de GATS.¹⁶⁸

168 Zou de GATS-overeenkomst wel van toepassing zijn geweest, dan dient allereerst bezien te worden in hoeverre de ASCM-regels of soortgelijke regels onderdeel uitmaken van de GATS. Ofschoon de grensoverschrijdende handel in diensten kan worden verstoord indien een onderneming subsidies voor diensten ontvangt, zijn in de GATS geen regels opgenomen omtrent subsidies voor diensten. De lidstaten zijn overeengekomen dat zulks wel gewenst is om handelsdistorsies te voorkomen (art. XV, eerste lid, GATS). In afwachting van een akkoord over specifieke regelgeving ten aanzien van subsidies voor dienstverlening zijn de WTO-lidstaten verplicht met elkaar te overleggen in gevallen waarin de mogelijkheid om een dienst te verlenen nadelig is beïnvloed door een subsidie (art. XV, tweede lid, GATS). Biedt dit overleg geen uitkomst, dan voorziet de GATS niet in vervolprocedure bij de WTO-panelcommissie. Teneinde de besprekingen tussen de WTO-lidstaten over specifieke regelgeving omtrent subsidies voor diensten te stroomlijnen, is afgesproken dat de ASCM als model fungeert voor subsidiemaatregelen inzake diensten en wordt voorlopig gewerkt met de subsidie-definitie van art. 1 ASCM (WTO document S/WPGR/W/16, 5 februari 1997).

10 Financieringsregeling in België en Ierland

10.1 INLEIDING

De Nederlandse concernfinancieringsregeling is een reactie op aantrekkelijke fiscale regimes voor financiële dienstverlening in andere geïndustrialiseerde landen. De staatssecretaris noemt in dit verband de specifieke regimes en regelingen in Australië, Canada, Ierland, België, Zwitserland, Luxemburg, de Kanaaleilanden, Hong Kong en Singapore.¹ Deze fiscale regelingen in andere landen verschillen veelal zodanig van de Nederlandse regeling dat ik een uitputtend rechtsvergelijkend onderzoek weinig zinvol acht.² Binnen Europa zijn slechts de Belgische regeling voor coördinatiecentra en de Ierse faciliteit voor International Financial Services Centre enigszins vergelijkbaar met de Nederlandse concernfinancieringsregeling. Op grond daarvan zijn in dit hoofdstuk de Belgische en Ierse regeling kort uiteengezet.

10.2 BELGIE

Teneinde de vestiging van hoofdkantoren en researchcentra in België te bevorderen, introduceerde de Belgische regering op 30 december 1982 het bijzondere belasting-regime inzake de coördinatiecentra.³ Aanvankelijk was de winst welke een Belgisch coördinatiecentrum (BCC) behaalde met bepaalde ondersteunende activiteiten ten behoeve van groepslichamen⁴ voor een periode van tien jaar vrijgesteld van belas-

1. TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 26.

2. De staatssecretaris is van mening dat de concernfinancieringsregeling zowel naar doel en strekking als naar de opzet niet te vergelijken is met de fiscale regelingen in onder meer Ierland, België, Zwitserland en Luxemburg (TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 17)

3. Koninklijk Besluit nr. 187 van 30 december 1982, betreffende de oprichting van coördinatiecentra, B.S., 13 januari 1983.

4. De term 'groep' doelt op het geheel van verbonden vennootschappen die, ten gevolge van de rechtstreekse of onrechtstreekse participaties van één of meer van hen in één of meer andere vennootschappen, onder één en dezelfde leiding staan. Een vennootschap wordt geacht met een andere vennootschap een groep te vormen wanneer deze laatste rechtstreeks of onrechtstreeks ten minste 20% van het kapitaal van de eerstgenoemde vennootschap bezit of ten minste 20% van de stemrechten, verbonden aan de door deze uitgegeven aandelen. (art. 2 van het Koninklijk Besluit nr. 187 van 30 december 1982, betreffende de oprichting van coördinatiecentra, B.S., 13 januari 1983)

tingheffing. Onder druk van de Europese commissie is het regime ultimo 1984 gewijzigd. Als gevolg van deze wijziging wordt de winst op een forfaitaire wijze vastgesteld op een bepaald percentage van bepaalde kosten (dan wel een minimumbedrag) en vervolgens belast tegen een normaal tarief.

Uitsluitend een in België gevestigde vennootschap of een in België gelegen vaste inrichting welke deel uitmaakt van een multinationalaal concern komt in aanmerking voor de BCC-regeling. Een concern wordt als multinationalaal aangemerkt indien de groep aan de drie volgende voorwaarden voldoet:⁵

- a. het buitenlands eigen vermogen van de groep bedraagt ten minste BEF 500 mln. of ten minste 20% van het geconsolideerd eigen vermogen van de groep,⁶
- b. de groep bezit in het buitenland, sedert 1 januari van het tweede jaar voorafgaand aan dat van de aanvraag tot erkenning als coördinatiecentrum, ononderbroken in ten minste vier verschillende landen een dochtervennootschap,
- c. de groep verwezenlijkt ten minste BEF 5 mrd. of ten minste 20% van de totale geconsolideerde omzet in het buitenland.

Voorts dient de wereldwijde omzet van het concern ten minste BEF 10 mrd. te bedragen. Het geconsolideerde eigen vermogen van het concern dient ten minste BEF 1 mrd. te bedragen. Na verloop van twee jaar sinds het BCC-lichaam met de activiteiten is begonnen, dient het lichaam ten minste tien voltijds werknemers in dienst te hebben.⁷ De status van coördinatiecentrum wordt door middel van een Koninklijk besluit voor een periode van tien jaar toegekend. De status kan worden verlengd.

Het coördinatiecentrum mag als enige doel hebben de uitoefening van de volgende activiteiten ten behoeve van concernlichamen:

- a. publiciteit,
- b. informatieverlening en verzameling,
- c. verzekering en herverzekering,
- d. wetenschappelijk onderzoek,
- e. betrekkingen met de nationale en internationale autoriteiten,
- f. centralisering van de werkzaamheden op het gebied van de boekhouding,
- g. centralisering van administratie en informatica,
- h. centralisering van de financiële handelingen (o.a. factoring, herfacturering, netting, leasing, aanhouden deposito's, financiering van bedrijfsmiddelen en bedrijfsmatige activiteiten),
- i. het afdekken van valutarisico's,
- j. alle werkzaamheden die een voorbereidend of hulpverlenend karakter hebben voor de concernlichamen.

⁵ Koninklijk Besluit van 3 november 1986, tot vaststelling van de criteria betreffende het multinationale karakter van de groep waarvan een coördinatiecentrum deel uitmaakt, B.S., 20 november 1986.

⁶ Onder 'buitenlands' is te verstaan buiten het land waar de groep zijn hoofdzetel heeft gevestigd.

⁷ Zie art. 3 van het Koninklijk Besluit nr. 187 van 30 december 1982, betreffende de oprichting van coördinatiecentra, B.S., 13 januari 1983.

Andere dan de hiervoor genoemde activiteiten zijn mogelijk, mits deze worden verricht voor leden van de groep. Hiervoor dient een verzoek ingediend te worden bij de minister van Financiën. Elke toegestane activiteit dient te zijn vastgelegd in het Koninklijk Besluit. Houdsteractiviteiten en het aanhouden van beleggingen behoren niet tot de toegelaten activiteiten.⁸ Het ter beschikking stellen van immateriële activa (licentiëring) is evenmin toegelaten. Evenmin mag het BCC-lichaam activiteiten uitoefenen, die het concern als hoofdactiviteit uitoefent. Indien het BCC-lichaam activiteiten verricht die niet zijn toegelaten, dan vervalt in beginsel de status van coördinatiecentrum. Banken en verzekeringsmaatschappijen kunnen geen coördinatiecentrum oprichten.⁹

De winst van het coördinatiecentrum wordt op forfaitaire wijze bepaald. De winst bedraagt een bepaald percentage van de operationele kosten (cost plus), met uitzondering van de personeels- en financieringskosten en belastingen. Met de belasting-administratie wordt een vast winstpercentage afgesproken. Dit percentage, gelegen tussen de 5 en 10% en meestal 8%, is mede afhankelijk van de winstmarges die het BCC-lichaam hanteert ten opzichte van de overige concernlichamen.¹⁰ De belastingheffing vertoont geen enkele relatie met de omvang van noch met het rendement op het geïnvesteerd vermogen.¹¹ De forfaitair vastgestelde winst mag evenwel niet lager zijn dan het bedrag gevormd door het totaal van:

- a. de niet als bedrijfsuitgaven aftrekbare uitgaven en lasten (inkomstenbelasting, representatiekosten, etc.), en
- b. de abnormale of goedgunstige voordelen die aan het coördinatiecentrum worden verleend.

De forfaitair vastgestelde winst van het coördinatiecentrum is onderworpen aan het reguliere Belgische vennootschapsbelastingtarief.

Daarnaast zijn coördinatiecentra jaarlijks BEF 400 000 per werknemer aan belasting verschuldigd. Het totale bedrag van deze heffing mag echter niet hoger zijn dan BEF 4 mio.¹² Onduidelijk is of deze jaarlijkse belasting als een kostenpost te beschouwen is welke tot de grondslag behoort voor de forfaitaire winstbepaling (cost plus).

Behalve de forfaitaire winstvaststelling geniet het BCC-lichaam nog andere tegemoetkomingen.¹³ Het BCC-lichaam is vrijgesteld van onroerende voorheffing (onroerende zaaksbelasting) op onroerende zaken die zij zelf gebruikt voor het uitoefenen van haar activiteiten. Voorts is het BCC-lichaam geen roerende voorheffing (bronbelasting) verschuldigd ten aanzien van uitgekeerde dividenden, interesten en

8 Koninklijk Besluit van 5 augustus 1991, tot uitvoering van artikel 1, derde lid van het KB nr. 187 van 30 december 1982 betreffende de oprichting van coördinatiecentra (B.S., 7 september 1991).

9 Zie F.A.M. van den Heuvel, Het nut van een coördinatiecentrum in België, Weekblad 1991, blz. 187

10 Zie F.A.M. van den Heuvel, Het nut van een coördinatiecentrum in België, Weekblad 1991, blz. 189

11 TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 696, nr. 5, Nota naar aanleiding van het verslag, blz. 17.

12 Tiberghien A., Tiberghien '98, Handboek voor Fiscaal recht, Ced. Samson Diegem, 1998, blz. 380

13 Wet van 11 april 1983, houdende fiscale en begrotingsbepalingen (Uittreksel), B.S., 16 april 1983

royalty's. Onder bepaalde voorwaarden is een interestbetaling door een Belgische vennootschap aan een BCC-lichaam vrijgesteld van roerende voorheffing. Voorts is de inbreng van kapitaal in een BCC-lichaam vrijgesteld van Belgische kapitaalsbelasting.

De studiegroep welke in het kader van de 'Code of conduct on company taxation' op 23 november 1999 een rapport heeft uitgebracht, is van oordeel dat de regeling inzake de coördinatiecentra vanwege de winstvaststelling op basis van de cost plusmethode een mogelijk schadelijke belastingconcurrerende regeling betreft. Ook in het OECD-rapport 'Progress in identifying and eliminating harmful tax practices' van 26 juni 2000 is de regeling als potentieel schadelijke belastingmaatregel aangemerkt. Op 5 december 1997 sprak de Belgische ministerraad de verwachting uit dat de fiscale regeling inzake de coördinatiecentra van kracht zal blijven tot het jaar 2003. België zal de regeling pas opheffen zodra ook de andere EU-lidstaten hun bijzondere belastingregimes hebben ontmanteld.

10.3 IERLAND

In 1987 introduceerde Ierland in een gebied dat voorheen behoorde tot het havengebied van Dublin (the Custom Houses Docks Area) een centrum voor internationale financiële dienstverlening, het zogenoemde 'International Financial Services Centre' (IFSC). Een vennootschap behorende tot het IFSC is voor bepaalde activiteiten, mits voldaan is aan bepaalde criteria, onderworpen aan een gereduceerd belastingtarief van 10%. De IFSC-faciliteit is in het leven geroepen om hooggekwalificeerde arbeidsplaatsen te creëren, teneinde de structurele werkeloosheid onder Ierse academici te verminderen.

Behalve een naar Iers recht opgerichte vennootschap kan ook een Ierse vaste inrichting van een niet in Ierland gevestigde vennootschap de IFSC-status genieten. Aan de IFSC-status worden geen bijzondere vermogensrechten gesteld. De status van IFSC wordt toegekend bij een certificaat van de Ierse minister van Financiën.¹⁴ Teneinde tegemoet te komen aan de doelstelling van de IFSC-regeling, worden in het IFSC-certificaat voorwaarden gesteld aan het aantal nieuw te creëren banen en de inhoud van de functies.

De inkomsten ter zake van de volgende activiteiten zijn onderworpen aan het gereduceerde tarief van 10%:

- a. financiële diensten welke veelal door banken geleverd worden,
- b. handel in vreemde valuta, aandelen, obligaties, opties, en andere financiële instrumenten,
- c. verzekerings- en herverzekeringsactiviteiten,

¹⁴ Irish Finance Act 1980, Section 39B

- d financieel administratieve dienstverlening, waaronder controlling, factoring, valutairisico- en geldstroombeheer,
- e het ontwikkelen en leveren van computersoftware in het kader van de financieel administratieve dienstverlening,
- f overige activiteiten welke samenhangen met de hiervoor genoemde activiteiten, waarvan de Minister van Financien van oordeel is dat deze bijdragen aan de ontwikkeling van de IFSC

Voornoemde activiteiten dienen een internationaal karakter te hebben. De diensten moeten verleend worden aan niet-ingezetenen van Ierland. Een IFSC-vennootschap mag opereren als houdstervennootschap. De dividenden en vermogenswinsten voortvloeiende uit het houden van deelnemingen zijn evenwel belast volgens het reguliere Ierse vennootschapsbelastingtarief.

Behalve het bijzondere belastingtarief van 10% geniet een IFSC-vennootschap gedurende het eerste jaar ook een tegemoetkoming als gevolg van de mogelijkheid om huisvestings- en inrichtingskosten in het eerste jaar direct ten laste van de winst te brengen. Dergelijke kosten behoeven mitsdien niet geactiveerd te worden. Ter zake van gehuurde huisvesting kan in het eerste jaar 200% van de huurkosten afgetrokken worden. Daarnaast is een IFSC-vennootschap voor een periode van tien jaar vrijgesteld van lokale belastingheffing. Voorts is ter zake van dividend- en interestbetalingen door een IFSC-vennootschap aan niet-inwoners van Ierland geen Ierse bronbelasting verschuldigd.

Ter verkrijging van het IFSC-certificaat dient de belastingplichtige een uitvoerig bedrijfsplan te overleggen aan de Industrial Development Agency (IDA). Dit plan dient de volgende informatie te bevatten:

- a algemene informatie over het concern,
- b de jaarstukken van de investeerder,
- c de voorgenomen activiteiten,
- d informatie over de markt en groeimogelijkheden,
- e structuur van de organisatie en het management,
- f aantal werknemers en functies,
- g kantoorbenodigdheden,
- h financiële structuur, budget voor eerste drie jaren,
- i de bijdrage welke de vennootschap levert aan de Ierse maatschappij, in het bijzonder ten aanzien van de creatie van arbeidsplaatsen en de afname van Ierse diensten.

Na een beoordeling door de Industrial Development Agency, eventueel gevolgd door enige aanpassingen, wordt het bedrijfsplan voorgelegd aan de Certification Advisory Committee welke een formele aanbeveling indient bij het Ministerie van Financien. Nadat de Ierse minister van Financien het IFSC-certificaat heeft toegekend, zal re-

gelmatig worden gezien in hoeverre aan de gestelde voorwaarden is voldaan. Met name wordt dan acht geslagen op de eisen ten aanzien van de arbeidsplaatsen.

De IFSC-faciliteit is in beginsel een verboden steunmaatregel in de zin van art. 87 EG-Verdrag.¹⁵ In juli 1987 heeft de Europese Commissie de steunmaatregel voor een periode van drie jaar verenigbaar verklaard met de gemeenschappelijke markt. Deze goedkeuring was gebaseerd op basis van art. 87, derde lid, onderdeel a, EG-Verdrag, waarin een uitzondering is gemaakt voor steunmaatregelen die de economische ontwikkeling bevorderen van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst. In september 1990 autoriseerde de Commissie de IFSC-regeling voor alle vennootschappen die vóór 1 januari 1991 een IFSC-certificaat van de Ierse minister van Financiën toegekend hebben gekregen. Deze vennootschappen zouden tot het jaar 2000 gebruik kunnen maken van het bijzondere belastingregime. In mei 1991 verleende de Commissie goedkeuring voor een verlenging tot en met 31 december 2005 voor vennootschappen welke vóór 1 januari 1995 een IFSC-certificaat hebben verkregen. Op 7 december 1994 heeft de Commissie de autorisatie nogmaals uitgebreid. Vennootschappen die vóór 1 januari 2000 een IFSC-certificaat toegekend hebben gekregen, mogen tot en met 31 december 2005 gebruik maken van de IFSC-regeling.

Medio 1998 hebben de Ierse regering en de Europese Commissie overeenstemming bereikt over een regulier vennootschapsbelastingtarief van 12,5% vanaf 1 januari 2003. In het kader van dit overleg is voorts overeenstemming bereikt over beëindiging van de IFSC-regeling.¹⁶ Vennootschappen die vóór 31 mei 1998 een IFSC-certificaat hebben verkregen, mogen tot en met 31 december 2005 gebruik maken van de IFSC-regeling. Ook een beperkt aantal vennootschappen die vóór 31 juli 1998 toestemming hebben verkregen, zijn tot eind 2005 gerechtigd tot het bijzonder tarief van 10%. Vennootschappen die na 31 juli 1998 een IFSC-certificaat hebben ontvangen, kunnen slechts tot en met 31 december 2002 de IFSC-regeling toepassen. Na 31 december 1999 worden geen IFSC-certificaten meer toegekend. Vanaf 1 januari 2003 bedraagt het reguliere Ierse vennootschapsbelastingtarief voor de IFSC-activiteiten 12,5%.

De studiegroep welke in het kader van de 'Code of conduct on company taxation' op 23 november 1999 een rapport heeft uitbracht, is van mening dat de IFSC-regeling vanwege het gereduceerde tarief een potentieel schadelijke belastingconcurrerende regeling betreft. Indien de IFSC-regeling als schadelijke belastingmaatregel wordt gekwalificeerd, dan dient de regeling vóór 1 januari 2003 gewijzigd of afgeschaft te zijn.¹⁷ De afspraak met de Europese Commissie dat bepaalde vennootschappen tot en

¹⁵ Zie § 9.2.2

¹⁶ Commissie 18 december 1998, Steunmaatregelen van de staten (98/C 395/08), Voorstel van dienstige maatregelen op grond van art. 93, lid 1, betreffende het IFSC, PB 1998, C-395/14

¹⁷ Zie § 9.3.8

met 31 december 2002 de IFSC-regeling mogen toepassen, spoort in dit opzicht met het bepaalde in de EU-gedragscode. Niet duidelijk is wat het gevolg is van een eventuele kwalificatie als schadelijke belastingmaatregel voor de vennootschappen die tot en met 31 december 2005 gerechtigd zijn tot de IFSC-faciliteit. Ook in het OECD-rapport 'Progress in identifying and eliminating harmful tax practices' van 26 juni 2000 is de regeling als potentieel schadelijke belastingmaatregel aangemerkt.

10.4 VERGELIJKING MET CONCERNFINANCIERINGSREGELING

Zowel de BCC-regeling, als de IFSC- en concernfinancieringsregeling beogen een fiscale faciliteit te creëren waarmee buitenlands financieringsvermogen wordt aange trokken.¹⁸ De IFSC-regeling onderscheidt zich van de BCC- en de concernfinancieringsregeling door uitsluitend activiteiten ten behoeve van niet-ingezetene van Ierland te faciliteren. Onder de BCC- en de concernfinancieringsregeling zijn zowel binnenlandse als buitenlandse activiteiten aan een bijzonder fiscaal regime onderworpen. De BCC- en concernfinancieringsregeling staan slechts open voor activiteiten verricht ten behoeve van concernlichamen. De IFSC-regeling ziet ook op activiteiten ten behoeve van niet-geleerde vennootschappen. Uitsluitend bij een BCC-lichaam worden voorwaarden gesteld aan de omvang van het vermogen en de omzet van de groep.

Het effectief tarief van een CFA-lichaam ter zake van de financieringsactiviteiten en de kortlopende beleggingen bedraagt in beginsel 7%. Afhankelijk van de wijze van afname van de risicoreserve kan het tarief oplopen tot 35%. In het kader van de IFSC-regeling wordt de heffingsgrondslag op de gebruikelijke wijze vastgesteld. Het tarief van de IFSC-vennootschap bedraagt 10%. Daarnaast geniet de IFSC-vennootschap de nodige tegemoetkomingen in de afschrijvingssfeer als gevolg waarvan de heffingsgrondslag gedurende een zekere periode wordt afgeroomd. Voorts is een IFSC-vennootschap voor een periode van tien jaar vrijgesteld van lokale belastingheffing. Een BCC-lichaam wordt op forfaitaire wijze in de belastingheffing betrokken. De winst wordt bepaald onafhankelijk van de omvang van het vermogen, en onafhankelijk van de daadwerkelijk gerealiseerde winst. Het effectieve belastingtarief is afhankelijk van het met de Belgische fiscus overeengekomen cost pluspercentage en van de operationele kosten.

Zowel de IFSC-regeling, als de BCC- en de concernfinancieringsregeling beogen de ontwikkeling van de economie en de werkgelegenheid in het desbetreffende land te ontwikkelen. Alle drie de regelingen stellen voorwaarden aan het aantal te creëren arbeidsplaatsen. Voor toepassing van de IFSC-regeling varieert het aantal te creëren arbeidsplaatsen met het vermogen dat in een IFSC-vennootschap is ondergebracht. Een BCC-lichaam dient na verloop van tijd ten minste tien voltijds werknemers in

18 Zie § 8.2

dienst te hebben. De concernfinancieringsregeling stelt een dergelijke absolute voorwaarde niet. Wel dient op grond van de substancevoorwaarden het aantal personen dat binnen een CFA-lichaam een financieringsfunctie vervult in overeenstemming te zijn met de aard en de functie van het CFA-lichaam.¹⁹

Alle drie de regelingen hebben gemeen dat ze in het zogenoemde Primarolo-rapport²⁰ genoemd zijn als mogelijk schadelijke belastingmaatregel. Deze maatregelen worden aan een nader onderzoek onderworpen, waarna wordt bepaald welke belastingmaatregelen als schadelijk aangemerkt kunnen worden. Op grond van de gedragscode dienen schadelijke belastingmaatregelen vóór 1 januari 2003 te worden gewijzigd of afgeschaft.

¹⁹ Zie § 2.3.3.4

Deze voorwaarde is ontleend aan art. 2a Uitvoeringsbeschikking, waarvan de toepassing in relatie tot art. 15b niet op enige wettekst is gebaseerd

²⁰ Code of Conduct Group (Business Taxation), Brussels, 23 november 1999, SN 4901/99. Zie § 9.6.8

11 Samenvatting en conclusies

11.1 INLEIDING

Hierna zijn de in de vorige hoofdstukken behandelde onderwerpen samengevat weergegeven. De overwegingen en stellingen van schrijver dezes zijn cursief gedrukt. Afgesloten is met een voorstel tot aanpassing van de concernfinancieringsregeling en een eindoverweging.

11.2 KARAKTER RISICORESERVE

De concernfinancieringsregeling ex art. 15b Wet Vpb. 1969, is een maatregel welke in het kader van de versterking van de Nederlandse fiscale infrastructuur is ingevoerd. De invoering van deze regeling kent een tweeledig doel. Ten eerste beoogt de invoering van art. 15b, in samenhang met de aanscherping van de deelnemingsvrijstelling voor buitenlandse financieringsmaatschappijen, het tegengaan van het vertrek van concernfinancieringskapitaal vanuit Nederland. In de tweede plaats wordt met de invoering van de concernfinancieringsregeling getracht vertrokken financieringsactiviteiten terug te halen en nieuwe activiteiten aan te trekken. Hiermede beoogt de wetgever de ontwikkeling van de Nederlandse economie en de werkgelegenheid te dienen. *Uit laatstgenoemde overweging volgt dat de concernfinancieringsregeling behalve een klassieke, budgettaire functie, met name een instrumentele functie heeft.* De regeling wordt namelijk gebruikt als instrument in het kader van economische beleidsdoelstellingen.

Het gebruik van fiscale instrumenten mag niet leiden tot strijd met het gelijkheidsbeginsel, één van de grondbeginselen van het (fiscale) rechtsstelsel. Een fiscale facilitering mag er niet toe leiden dat gelijke gevallen ten onrechte ongelijk worden behandeld. *De toepassing van de concernfinancieringsregeling kan onder bepaalde omstandigheden tot rechtsongelijkheid leiden.* Zo kan bijvoorbeeld de vierlanden- of tweecontinenteneis een zekere ongelijke fiscale behandeling oproepen. Ook het gegeven dat vrijwel uitsluitend opbrengsten uit buitenlandse financieringsactiviteiten gedoteerd kunnen worden, kan niet objectief en redelijk gerechtvaardigd worden.

De vorming van een risicoreserve vloeit niet voort uit het goed koopmansgebruik, doch is slechts toegestaan omdat de wetgever deze reserve uitdrukkelijk toelaat. *De risicoreserve vormt een inbreuk op de systematiek van de belastingwetgeving, vanwege*

- de omvang van de risicoreserve, welke niet wordt afgemeten aan de daadwerkelijke risico's maar op forfaitaire wijze wordt bepaald,
- het feit dat dotatie aan de risicoreserve slechts kan plaatsvinden in winstjaren,
- de inbreuk op de fiscale zelfstandigheid van het CFA-lichaam,
- de mogelijke inbreuk op de fiscale zelfstandigheid van het andere concernlichaam,
- de mogelijkheid dat de risicoreserve onbelast afneemt, en om die reden in beginsel tot afstel van winstneming leidt,
- de mogelijkheid de risicoreserve vrijwillig af te bouwen tegen een lager belastingtarief van 10%

11.3 SUBJECT EN SUBSTANCEVOORWAARDEN

Binnenlandse en buitenlandse belastingplichtige lichamen in de zin van art. 2 en 3 Wet Vpb 1969 kunnen onder bepaalde voorwaarden een risicoreserve vormen. Behalve de wettelijke voorwaarden van art. 15b, en de door de inspecteur te stellen voorwaarden, dient het CFA-lichaam volgens de staatssecretaris bovendien aan bepaalde substancevoorwaarden te voldoen. Deze voorwaarden zijn samen te vatten in een drietal kernvoorwaarden. Ten eerste moet het CFA-lichaam de financieringsactiviteiten *zelfstandig* verrichten. Enerzijds betekent dit dat vanuit een buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam geheel geen financieringsactiviteiten verricht mogen worden. Ofschoon een volledige zelfstandigheid van handelen van het Nederlandse hoofdhuis niet behoeft in te houden dat een buitenlandse vaste inrichting geheel geen financieringsactiviteiten mag ontplooien, sluit de wettekst enige financiële activiteiten in een buitenlandse vaste inrichting uit. Anderzijds dient het CFA-lichaam binnen het concern de financieringsactiviteiten volledig onafhankelijk te verrichten. Het CFA-lichaam dient een centrale spilfunctie te vervullen met betrekking tot de financieringsactiviteiten van het concern als geheel. De tweede kernvoorwaarde is dat het CFA-lichaam *reële* financieringsactiviteiten vanuit Nederland moet verrichten. Het realiteitsgehalte wordt onder meer getoetst aan de personele bezetting en de ter beschikking staande faciliteiten. De derde kernvoorwaarde is dat de financieringsactiviteiten verricht door het CFA-lichaam een zeker *duurzaam* karakter moeten hebben. Het CFA-lichaam moet zich anders dan incidenteel bezighouden met het arrangeren en uitvoeren van financieringsactiviteiten.

De vraag rijst in hoeverre de substancevoorwaarden rechtens gesteld kunnen worden. Indien deze voorwaarden niet door de wettekst worden gedragen, kunnen deze voorwaarden dan gebaseerd zijn op hetgeen tijdens de parlementaire behandeling is opgemerkt? Voorzover de wettekst duidelijk is en niet voor meerdere uitleg vatbaar, dient de betekenis met behulp van de grammaticale interpretatiemethode te worden

vastgesteld Voorzover de wettelijke bepaling vatbaar is voor meerdere uitleg, kan de staatssecretaris met behulp van bijvoorbeeld een wetshistorische interpretatie welke gebaseerd is op uitingen tijdens de parlementaire behandeling, een bepaalde betekenis toekennen aan de wettekst Slechts bij hoge uitzondering kan van een duidelijke wettekst worden afgeweken Dit betreft de gevallen waarbij de wetgever een leemte in de wet niet heeft voorzien, hij de mogelijkheid niet heeft gehad deze leemte te repareren, en het resultaat van een grammaticale wetstoepassing evident ongerijmd is Na toetsing van de substancevoorwaarden aan de wettekst blijkt dat uitsluitend het vereiste dat het in Nederland gevestigde hoofdhuis de financieringsactiviteiten zelfstandig dient te verrichten ten opzichte van de buitenlandse vaste inrichting, wordt gedragen door de bewoording van art 15b, eerste lid, Wet Vpb 1969. De voorwaarde dat binnen een multinationalaal concern het CFA-lichaam met betrekking tot de financieringsactiviteiten als centrale spil dient te fungeren, is niet op de wettekst gebaseerd Het vereiste van een bepaalde personele bezetting of kantoorfaciliteit wordt evenmin gedragen door de wettekst Dat de financieringsactiviteiten een meer dan incidenteel karakter moeten hebben, is evenmin gegrond op de wettekst. *Aangezien de substancevoorwaarden, met uitzondering van het vereiste van zelfstandigheid binnen het lichaam, niet rechtens gesteld kunnen worden, is het voor de vorming van een risicoreserve, afgezien van de wettelijke voorwaarden van art. 15b, en de door de inspecteur te stellen voorwaarden, in beginsel voldoende dat sprake is van een binnenlands of buitenlands belastingplichtig lichaam.*

11.4 CONCERN

Binnen de concernfinancieringsregeling neemt het concernbegrip een centrale plaats in. Een risicoreserve kan immers slechts worden gevormd door een lichaam dat deel uitmaakt van een internationaal werkzaam concern Daarnaast moet het CFA-lichaam financieringsactiviteiten verrichten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen De winst behaald met deze activiteiten kan worden gedoteerd aan de risicoreserve. Voor de toepassing van art 15b wordt onder 'concern' verstaan 'de belastingplichtige te zamen met de met hem verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, waarbij voor de bepaling van het belang als bedoeld in dat artikellid buiten aanmerking blijven aandelen die bij de ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam'. In de omschrijving van een verbonden lichaam in de zin van art 10a, vierde lid, neemt het begrip 'belang' een belangrijke plaats in Het begrip 'belang' ziet naar mijn mening niet uitsluitend op een aandelenbelang *Behalve via de gerechtigheid in het aandelenkapitaal kunnen naar mijn mening onder omstandigheden ook zeggenschapsrechten of zelfs bepaalde leningsituaties tot een belang, en dus tot verbondenheid in een aandelenvennootschap leiden*

Voor de bepaling van het belang blijven buiten aanmerking de aandelen die bij de ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam Hiermee wordt beoogd te voorkomen dat door uitgifte van preferente aandelen een concern gecon-

struëerd wordt *Zodra een aandeelhouder medegerechtigd is tot enige stille reserve of goodwill in een lichaam, is het betreffende aandelenkapitaal niet uitgezonderd voor de bepaling van de omvang van het belang*

Behoort een lichaam niet tot het concern vanwege een ontoereikend belang, dan kan onder bepaalde omstandigheden de minister worden verzocht dit lichaam toch als verbonden lichaam aan te merken. Als gevolg van een ministeriele beschikking worden deze lichamen ook voor de toepassing van de wetsbepalingen zoals genoemd in art. 10a, vierde lid, aangemerkt als verbonden lichamen. *Ik pleit ervoor de verzochte verbondenheid te beperken tot de toepassing van de concernfinancieringsregeling*

11.5 VERMOGENSTOETS

Een lichaam kan slechts een risicoreserve vormen indien voldaan is aan de vermogens- en inkomstentoets van art. 15b, tweede lid, Wet Vpb 1969. Beide toetsen benadrukken het internationale karakter van de concernfinancieringsregeling. De vermogenstoets stelt een grens aan het financieringsvermogen dat het CFA-lichaam ten behoeve van Nederlandse concernmaatschappijen mag aanwenden. Het gedeelte van het concernfinancieringsvermogen dat direct of indirect daarvoor is aangewend mag niet meer bedragen dan:

- a de verhouding tussen de waarde in het economische verkeer van de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern en de waarde in het economische verkeer van alle bezittingen van het concern,
- b doch nooit meer dan 10% van het totale financieringsvermogen waarmee in het desbetreffende boekjaar concernfinancieringswinst is behaald.

Onder financieringsvermogen is zowel eigen als vreemd vermogen te verstaan. Het gaat immers om de activa op de balans. De overnamekas en de deelnemingen behoren niet tot het financieringsvermogen. *De laatste dag van elk boekjaar waarin een risicoreserve is gevormd, fungeert als peildatum voor de jaarlijkse vermogenstoets*

De vermogenstoets ziet uitsluitend op de bezittingen van tot het concern behorende lichamen. De actiefzijde van de balans van een deelneming is slechts relevant voorzover het een deelneming betreft die deel uitmaakt van het concern. De waarde van een deelneming die niet tot het concern behoort, wordt ontleend aan de omvang van het eigen vermogen van de desbetreffende deelneming. In het kader van de vermogenstoets rijst onder meer de vraag of een niet tot het concern behorende in het buitenland gevestigde deelneming van een in Nederland gevestigd concernlichaam als een binnenlandse of buitenlandse bezitting moet worden aangemerkt. *Mijns inziens behoort een dergelijke buitenlandse deelneming tot de in het buitenland aanwezige bezittingen van het concern, voorzover geen vaste inrichting in Nederland aanwezig*

Bij overschrijding van de vermogensnorm mag wel worden gedoteerd aan de risico-reserve, alleen de financieringswinst die is behaald met het vermogen waarmee de norm is overschreden behoort niet tot de dotatiegrondslag. Hierbij doet zich de vraag voor welk deel van de financieringswinst toegerekend moet worden aan het excedent vermogen? De toerekening kan geschieden volgens de mathematische of historische methode. *Ik meen dat de historische volgorde van ontstaan van de leningen bepalend is. De dotatie van de financieringswinst van de meest recente lening wordt aldus beperkt.*

11 6 INKOMSTENTOETS

De inkomstentoets stelt als voorwaarde dat een bepaald gedeelte van het concernfinancieringsinkomen uit het buitenland afkomstig moet zijn. Het CFA-lichaam dient aannemelijk te maken dat van de totale inkomsten die behoren tot de concernfinancieringswinst ten minste 5% per mogendheid of ten minste 10% per continent wordt genoten. Hierbij kan Nederland één van de vier mogendheden zijn. De teller van de breuk van de inkomstentoets bestaat uit inkomsten van het CFA-lichaam per mogendheid of continent die behoren tot de concernfinancieringswinst. Inkomsten behaald met vermogen dat bestaat uit preferente aandelen, zijn niet begrepen in de teller. Daar in de omschrijving van de noemer een verwijzing naar het begrip 'concernfinancieringswinst' achterwege is gebleven, tellen deze inkomsten wel mee voor de bepaling van de noemer. Het komt mij vreemd voor dat een dergelijke onlogische discrepantie is bedoeld door de wetgever. *Logischerwijs dient de inkomsten toets als volgt te luiden: 'De inkomsten van het lichaam die behoren tot de concernfinancieringswinst dienen per Mogendheid ten minste 5% dan wel per continent ten minste 10% te bedragen van de totale inkomsten die behoren tot de concernfinancieringswinst van het lichaam.'*

Het 5%- of 10%-criterium geldt ongeacht het aantal landen of continenten ten behoeve waarvan financieringsactiviteiten worden verricht. Dit leidt ertoe dat internationale concerns met een grote geografische spreiding geen gebruik kunnen maken van de concernfinancieringsregeling, omdat de inkomsten uit financieringsactiviteiten per mogendheid of continent dan veelal beneden de inkomstennorm blijven. Voor dergelijke concerns is in de laatste volzin van het tweede lid bepaald dat in verschillende landen of continenten *gevestigde* lichamen één of meer groepen kunnen vormen waarvan de gezamenlijke inkomsten worden toegerekend aan één lichaam of één continent. *Het CFA-lichaam moet na de groeppvorming wel blijven voldoen aan de vierlanden- of tweecontinenteneis.*

Het gebruik van het begrip 'gevestigd' betekent strikt genomen dat uitsluitend lichamen gegroepeerd kunnen worden. Buitenlandse vaste inrichtingen zijn immers niet gevestigd in andere landen of continenten, docht zijn slechts aldaar gelegen. *Als gevolg van de onderlinge samenhang tussen de toets van de geografische spreiding*

van het eerste lid – alwaar bewust de zinsnede ‘dan wel mede zijn gelegen’ is toegevoegd aan het begrip ‘gevestigd’ – en de inkomstentoets, moeten mijns inziens ook buitenlandse vaste inrichtingen gegroepeerd kunnen worden

Jaarlijks worden de inkomsten van enig boekjaar getoetst aan de inkomstennorm. De sanctie op het niet voldoen aan de inkomstentoets is uitdrukkelijk en uitputtend geregeld in de vijfde volzin van het derde lid, waarin is bepaald dat geen dotatie aan de risicoreserve mag plaatsvinden over jaren waarin niet is voldaan aan de inkomstentoets

11.7 VOORWAARDEN INSPECTEUR

Naast de wettelijke voorwaarden, zal ook de inspecteur voorwaarden stellen aan toepassing van de concernfinancieringsregeling Art 15b, achtste lid, Wet Vpb 1969, geeft de grenzen aan waarbinnen de voorwaarden gesteld kunnen worden. In de zogenoemde modelbeschikking van 2 oktober 1997 is het uitgangspunt geschetst van de voorwaarden die de inspecteur zal stellen. De inspecteur kan in de individuele beschikking de voorwaarden toespitsen op het individuele geval. Wordt een voorwaarde van de inspecteur gesteld *buiten* het kader van het achtste lid, dan dient bij niet naleving van deze voorwaarde de sanctie van het zevende lid, te weten verplichte opheffing van de reserve, niet in werking te treden. Slechts indien de belastingplichtige niet voldoet aan enige voorwaarde welke door de inspecteur *binnen* de grenzen van het achtste lid is gesteld, moet de reserve aan de winst worden toegevoegd. *De voorwaarden kunnen iedere tien jaar door de inspecteur worden aangepast, ongeacht of het feitencomplex relevant is gewijzigd. Zijn de feiten tussentijds relevant gewijzigd, dan is een directe aanpassing van de voorwaarden binnen de tienjaarstermijn mogelijk*

Ter voorkoming van erosie van de Nederlandse belastinggrondslag stelt de inspecteur de voorwaarde dat de met het CFA-lichaam verbonden lichamen hun operationele activiteiten in Nederland volgens een nader te bepalen debt/equity-ratio moeten financieren. *Nu deze voorwaarde niet past binnen het kader van art 15b, achtste lid, kan deze voorwaarde niet rechtens worden gesteld*

De inspecteur stelt bovendien de voorwaarde dat verrekening van bronbelasting over rente- of royaltybetalingen slechts plaatsvindt in het jaar waarin deze belastingen zijn geheven. Het onverrekende deel van de bronbelasting kan, in afwijking van de geldende systematiek, niet naar een volgend jaar worden doorgeschoven. Het CFA-lichaam kan er voor kiezen minder aan de risicoreserve te doteren zodat de bronheffing volledig kan worden verrekend. In de meeste verdragen en het Bvdb 1989 is bepaald dat de verrekening niet meer bedraagt dan de uitkomst van de volgende breuk: (buitenlandse rente en royalty/ winst) x belastingbedrag. De teller van deze formule bestaat uit de buitenlandse renten en royalty's waar bronbelasting op is in-

gehouden. De vraag doet zich nu voor in hoeverre in de teller rekening moet worden gehouden met de dotatie aan de risicoreserve. *Om te voorkomen dat volgens de breuk meer wordt vrijgesteld dan wordt belast, dient het buitenlands inkomen in de teller voor een zelfde bedrag te worden begrepen als waarvoor het in de noemer voorkomt.* Nu de buitenlandse inkomsten in de noemer worden gesteld op het bedrag na dotatie aan de reserve, ligt het derhalve voor de hand dat in de teller eenzelfde bedrag wordt begrepen. Gebleken is echter dat volgens het Ministerie van Financien in de teller geen rekening behoeft te worden gehouden met de dotaties aan de risicoreserve. Dit kan een aanmerkelijke verruiming van de mogelijkheid tot verrekening betekenen.

11 8 CONCERNFINANCIERINGSACTIVITEITEN

Binnen de concernfinancieringsregeling neemt het begrip ‘concernfinancieringsactiviteit’ een centrale plaats in. Zo kan het CFA-lichaam de winst behaald met financieringsactiviteiten aan de risicoreserve doteren, en dient een door het CFA-lichaam geleden verlies uit deze activiteiten belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Onder financieringsactiviteiten wordt verstaan:

- a het verstrekken van geldleningen aan concernlichamen die de lening aanwenden voor de financiering van
 - materiele en immateriele bedrijfsmiddelen,
 - bedrijfsmatige activiteiten (salariaskosten, kosten van huisvesting, adviseurskosten, belastingen, etc.),
 - deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid,
- b het ter beschikking stellen van een materieel of immaterieel bedrijfsmiddel binnen het concern,
- c complementaire financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen, zoals
 - interne en externe verslaglegging,
 - auditing,
 - factoring,
 - valutarisicobeheer,
 - geldstroombeheer (netting)

ad a. Ter zake van de verwerving van een deelneming kan de situatie zich voordoen dat eerst een bedrag onbelast aan de risicoreserve wordt onttrokken, waarna de deelneming binnen concern wordt overgedragen aan een ander concernlichaam dat daarvoor een kwalificerende geldlening aangaat bij het CFA-lichaam. De vraag rijst of deze leningverstrekking aan een concernlichaam kwalificeert als financieringsactiviteit, of kwalificeert de financiering van een deelneming slechts voorzover die financiering leidt tot een wezenlijke uitbreiding van het concern. *Teneinde bij een interne verhangung een cumulatieve van een onbelaste onttrekking en een kwalificerende leningverstrekking te voorkomen, is een wezenlijke uitbreiding van het concern vereist.*

voorzover ter zake van de gefinancierde deelneming in de vijf voorafgaande jaren bedragen onbelast aan de risicoreserve zijn onttrokken

ad b Het binnen concern exploiteren van een bedrijfsmiddel dat tot het concernfinancieringsvermogen van het CFA-lichaam behoort, is een financieringsactiviteit (verhuur, operational lease, vruchtgebruik, bruikleen) De winst ter zake van deze exploitatie behoort tot de concernfinancieringswinst De afschrijving op een dergelijk bedrijfsmiddel komt in mindering op de financieringswinst Een bedrijfsmiddel dat binnen het CFA-lichaam vanuit het 'normaal belaste vermogen' aan het financieringsvermogen wordt toegevoegd, moet op het moment van overgang worden gehewaardeerd Over een eventuele boekwinst zal in beginsel tegen het reguliere tarief moeten worden afgerekend Bij een sfeerovergang van immateriele activa kan een onmiddellijke afrekening worden voorkomen door de inspecteur te verzoeken de herwaarderingswinst over een langere periode te spreiden Een sfeerovergang van overige bedrijfsmiddelen zal tot directe afrekening leiden *Daar een dergelijk onderscheid in behandeling niet gerechtvaardigd is, dient ook bij een sfeerovergang van materiele activa een gespreide afrekeningsmogelijkheid geboden te worden*

Wordt een tot het concernfinancieringsvermogen behorend bedrijfsmiddel vervreemd, dan behoort de daarmee gerealiseerde boekwinst eveneens tot de concernfinancieringswinst Gaat het bedrijfsmiddel over van het financieringsvermogen naar het normaal belaste vermogen, dan kan geen herwaardering plaatsvinden Een latere vervreemding van een bedrijfsmiddel dat eertijds tot het financieringsvermogen heeft behoord, leidt niet tot een compartimentering van de boekwinst Deze boekwinst kan niet toegerekend worden aan een tijdvak waarin het bedrijfsmiddel tot het financieringsvermogen behoorde en een periode waarin het tot het normaal belaste vermogen behoorde *De vervreemdingswinst moet beoordeeld worden op basis van het regime zoals dat ten tijde van winstrealisatie van toepassing is Behoort het bedrijfsmiddel op dat moment tot het normaal belaste vermogen, dan kan de boekwinst niet aan de risicoreserve worden gedoteerd*

ad c Het CFA-lichaam kan zich tegenover een schuldeiser verbinden tot nakoming van een verbintenis welke een ander concernlichaam, de hoofdschuldenaar, tegenover de schuldeiser heeft of zal krijgen De vraag rijst of een borgtocht als (complementaire) financieringsactiviteit kwalificeert *Gaat een concernlichaam, met het CFA-lichaam als borg, een lening aan bij een derde, dan lijkt de borgtocht als financieringsactiviteit te kwalificeren indien de lening is aangegaan voor de financiering van bedrijfsmiddelen, bedrijfsmatige activiteiten of deelnemingen*

De complementaire financieringsactiviteiten kwalificeren slechts indien deze activiteiten samenhangen met de financieringsactiviteiten zoals opgesomd in art 15b, eerste lid, onderdeel a, Wet Vpb 1969 *Van een samenhang is naar mijn mening sprake indien het lichaam dat deze complementaire activiteiten verricht, ook zonder deze activiteiten een risicoreserve kan vormen Het lichaam dient derhalve naast de*

complementaire activiteiten een van de activiteiten zoals genoemd in art 15b, eerste lid, onderdeel a, te verrichten

Aan de omvang van het vermogen dat wordt aangewend voor financieringsactiviteiten zijn geen kwantitatieve voorwaarden gesteld. Een minimum aan financieringsactiviteiten is voldoende voor het vormen van een risicoreserve. De financieringsactiviteiten moeten zijn verricht *binnen* het concern. De activiteiten mogen mitsdien niet direct of indirect betrekking hebben op financieringen buiten het concern. Een uitzondering is gemaakt voor de financiering van afnemers- en toeleverancierskredieten, mits de looptijd van het krediet niet langer is dan drie maanden. Indien de door het CFA-lichaam gefinancierde bedrijfsmiddelen door het concernlichaam worden verhuurd buiten concern, rijst de vraag in hoeverre de geldverstrekking door het CFA-lichaam nog kwalificeert als financieringsactiviteit. *Aangezien de geldverstrekking door het CFA-lichaam indirect betrekking heeft op een financieringsactiviteit ten behoeve van derden – te weten het ter beschikking stellen van bedrijfsmiddelen – kwalificeert de verstrekte lening niet als financieringsactiviteit*

119 DOTATIE

Men dient een onderscheid te maken tussen de risico's waarvoor de reserve wordt gevormd, en de opbrengst welke aan de reserve kan worden gedoteerd. Het CFA-lichaam kan in beginsel maximaal 80% van de concernfinancieringswinst en de opbrengst van de overnamekas aan de risicoreserve doteren. Behalve voor de aftrekbare verliezen ter zake van de financieringsactiviteiten wordt de risicoreserve tevens gevormd voor deelnemingsverliezen en vaste inrichtingsverliezen geleden door het CFA-lichaam of een ander concernlichaam. De reserve is niet gevormd voor een verlies uit de overnamekas. De winst uit concernfinancieringsactiviteiten kan aan de risicoreserve worden gedoteerd, indien en voorzover deze winst in Nederland belastbaar is. Dit betreft in beginsel slechts winst behaald door het CFA-lichaam. De dotatie aan de risicoreserve geschiedt op forfaitaire wijze. De omvang van de risicoreserve wordt niet afgemeten aan de daadwerkelijke risico's welke door het concern worden gelopen. *De in Nederland belastbare winst welke het CFA-lichaam behaald met het houden van deelnemingen en de winst uit een buitenlandse vaste inrichting behoren niet tot de dotatiegrondslag van de risicoreserve*

De dotatie aan de risicoreserve wordt per boekjaar vastgesteld en niet naar gelang de inkomsten gedurende het boekjaar opkomen. *De dotatie aan de risicoreserve wordt geacht per het begin van het betreffende boekjaar te hebben plaatsgevonden.* De jaarlijkse dotatie gaat immers vooraf aan de belaste en onbelaste onttrekkingen, welke in chronologische volgorde in aanmerking worden genomen.

11.9.1 Concernfinancieringswinst

De concernfinancieringswinst bestaat uit

- a de winst welke het CFA-lichaam behaalt met financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen, voorzover deze winst in Nederland belastbaar is, met uitzondering van
 - i de winst behaald met vermogen van het CFA-lichaam bestaande uit aandelen die bij ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam, en
 - ii de verliezen van het CFA-lichaam voorzover ter zake van deze verliezen een toevoeging aan de winst ten laste van de risicoreserve heeft plaatsgevonden,
- b de positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid, welke onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van een ander concernlichaam en voor welk risico het CFA-lichaam zelf in een eerder stadium een bedrag uit de risicoreserve aan de winst heeft toegevoegd, doch ten hoogste tot het laatstbedoelde bedrag

ad a In het kader van de concernfinancieringsregeling dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de begrippen 'verliezen' en 'kosten'. Een (vermogens)verlies moet belast aan de risicoreserve worden onttrokken, kosten die samenhangen met de financieringsactiviteiten komen in mindering op de concernfinancieringswinst, en verminderen de dotatiegrondslag.

Ontplooit een CFA-lichaam behalve financieringsactiviteiten ook overige, normaal belaste activiteiten, dan moeten de bedrijfskosten worden toegerekend aan de verschillende winstbestanddelen. *Voor de toerekening van kosten aan de financieringsactiviteiten dient in beginsel de historische methode te worden gevolgd. Is onduidelijk welke kosten zijn aangewend voor de financieringsactiviteiten, dan kan de evenredige toerekening volgens de mathematische methode uitkomst bieden.*

De winst behaald met het concernfinancieringsvermogen van het CFA-lichaam dat is gefinancierd met normaal aandelenkapitaal of vreemd vermogen, behoort tot de concernfinancieringswinst. De winst behaald met het preferent aandelenkapitaal behoort niet tot de concernfinancieringswinst. Ingeval een CFA-lichaam zowel gewone als preferente aandelen kent, dienen de financieringsactiviteiten aan de verschillende aandelen te worden toegerekend. *Voor beide vormen van aandelenkapitaal dient volgens de historische methode nauwkeurig vastgesteld te worden welke vermogensbestanddelen en de daarmee verband houdende resultaten daaraan toegerekend kunnen worden. Een mathematische toerekening volstaat in beginsel niet.*

Voorzover een verlies uit een financieringsactiviteit tot een belaste afname van de risicoreserve leidt, behoort een dergelijk verlies niet tot de concernfinancieringswinst. *De belaste afname van de risicoreserve leidt tot een toevoeging aan de normaal belaste winst, en behoort derhalve niet tot de concernfinancieringswinst. Biedt de risicoreserve onvoldoende ruimte om een verlies van het CFA-lichaam belast aan*

de reserve te onttrekken, dan komt het gedeelte van het verlies waarvoor geen belaste onttrekking kan plaatsvinden in mindering op de dotatiegrondslag

Uitsluitend de winst behaald met financieringsactiviteiten ten behoeve van concern-lichamen kan worden gedoteerd aan de risicoreserve. Gedurende de periode dat financieringsactiviteiten worden verricht ten behoeve van een concernlichaam, kan het belang in dat betreffende lichaam dalen beneden de een derde. Ook de omgekeerde situatie kan zich voordoen. De vraag rijst hoe in die situatie moet worden gehandeld met betrekking tot bijvoorbeeld een lopende termijn van rente van een schuldvordering op een dergelijk lichaam. Dient de winst te worden gecompartmenteerd in een gedeelte dat betrekking heeft op het tijdvak waarin de lichamen nog verbonden waren, en een gedeelte dat is ontstaan in de niet-verbondenheidsperiode? *Voor de toepassing van de concernfinancieringsregeling dient een financieringsvoordeel te worden beoordeeld op basis van het regime zoals dat ten tijde van winstrealisatie van toepassing is. Is op dat moment sprake van verbondenheid, dan kan de winst aan de risicoreserve worden gedoteerd.*

ad b Tot de concernfinancieringswinst behoren behalve de winst uit concernfinancieringsactiviteiten ook

- a de positieve voordelen, die
- b onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van andere concernlichamen, en welke
- c samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid, waarvoor het CFA-lichaam eertijds een bedrag uit de reserve aan de winst heeft toegevoegd

Deze voordelen mogen niet slechts voor ten hoogste 80% maar voor maximaal 100% aan de risicoreserve worden gedoteerd. Een verhoging tot 100% vindt slechts plaats voorzover de dotatie aan de risicoreserve niet hoger is dan de destijds belaste onttrekking.

Met voornoemde uitbreiding van de concernfinancieringswinst is een technische correctie beoogd, welke de risicoreserve weer op het oud niveau terugbrengt nadat daaruit in een eerder stadium belast is onttrokken. Om neutraliteit te bewerkstelligen dient evenwel ook de eertijds belaste onttrekking aan de risicoreserve ongedaan te worden gemaakt. *Neutraliteit dient mijns inziens te worden bewerkstelligd door in het geval het CFA-lichaam een bedrag gelijk aan het positieve voordeel aan de risicoreserve doteert, tegelijkertijd een gelijk bedrag ten laste van de normaal belaste winst van het CFA-lichaam te brengen.* In het verleden is immers ter zake van een door het concernlichaam geleden verlies een bedrag aan de risicoreserve onttrokken en aan de normaal belaste winst van het CFA-lichaam toegevoegd. Indien in een later jaar het in het verleden geleden verlies ongedaan wordt gemaakt, dient ten behoeve van de neutraliteit het aan de winst van het CFA-lichaam toegevoegde bedrag te worden teruggenomen. Doordat bij het CFA-lichaam tegelijkertijd een toevoeging aan de concernfinancieringswinst plaatsvindt en een afname van de normaal

belaste winst voor hetzelfde bedrag, ondergaat het belastbaar bedrag van het CFA-lichaam geen wijziging.

Het begrip 'positieve voordelen' is een brutobegrip dat negatieve voordelen uitsluit. Het vraagstuk van de kostentoerekening speelt geen rol.

De vraag rijst waarom de technische correctie beperkt blijft tot positieve voordelen welke onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van andere concernlichamen. *Gezien de strekking van de technische correctie verdient het aanbeveling de tekst zodanig aan te passen dat ook positieve voordelen die onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van het CFA-lichaam, tot de concernfinancieringswinst behoren.* Een dergelijke aanpassing ziet uitsluitend op de voordelen die samenhangen met het houden van deelnemingen en het drijven van een onderneming met een buitenlandse vaste inrichting. De positieve voordelen die verband houden met concernfinancieringsactiviteiten, zoals bijvoorbeeld de opwaardering van een concernlening, behoren reeds tot de concernfinancieringswinst.

Heeft eertijds ter zake van een door een ander concernlichaam geleden verlies uit een vaste inrichting een belaste onttrekking aan de risicoreserve plaatsgevonden, dan kan een positief voordeel dat in een later stadium ter zake van deze vaste inrichting wordt genoten, bijvoorbeeld door toepassing van de inhaalregeling, aan de risicoreserve worden gedoteerd. Het concern heeft evenwel de mogelijkheid het positieve voordeel niet tot de winst van het andere concernlichaam te rekenen, mits dotatie aan de risicoreserve achterwege blijft. *Niet valt in te zien waarom deze keuzemogelijkheid niet geboden zou moeten worden voor positieve voordelen die verband houden met eerdere verliezen voortvloeiende uit het houden van deelnemingen.*

11.9.2 Overnamekas

Ofschoon de risicoreserve niet is gevormd voor risico's die samenhangen met het aanhouden van een overnamekas, wordt de omvang van de reserve wel mede bepaald door de opbrengst van de overnamekas. Tot de overnamekas behoren:

- a. de kortlopende beleggingen, waarvan
- b. de belastingplichtige aan de hand van geobjectiveerde intenties aannemelijk maakt dat deze door het lichaam worden aangehouden:
 - met het oog op de verwerving van deelnemingen, waaronder begrepen de ondernemingen die worden gedreven met behulp van een vaste inrichting,
 - die passen bij de omvang van het concern, en
 - liggen in de lijn van het concern; (het kwalitatieve criterium);
- c. het bedrag van die beleggingen dient te passen bij de omvang van het concern; (het kwantitatieve criterium).

ad a Aangezien het begrip ‘opbrengsten’ bruto moet worden uitgelegd, behoeft voor de bepaling van de dotatiegrondslag geen rekening te worden gehouden met de kosten die samenhangen met het aanhouden van de overnamekas. De overnamekas moeten volledig met eigen vermogen zijn gefinancierd. Voor de toerekening van eigen dan wel vreemd vermogen aan de beleggingen dient in beginsel de historische methode te worden gevolgd. Indien geen verband meer zichtbaar is tussen de activiteiten en de wijze van financiering, dan biedt de mathematische methode wellicht uitkomst. *Er is geen aanleiding de financiering van de overnamekas met (cumulatief) preferente aandelen op enigerlei wijze te beperken.*

De opbrengst van de overnamekas kan in enig jaar aan de risicoreserve worden gedoteerd indien het lichaam dat de risicoreserve vormt in het desbetreffende jaar financieringsactiviteiten verricht. Niet noodzakelijk is dat in dat jaar financieringswinst wordt genoten.

ad b De vraag rijst wie de intentie tot overname moet hebben, het CFA-lichaam zelf, of zijn overnameplannen door concernlichamen ook toereikend. De wettekst wekt de suggestie dat het CFA-lichaam zelf de intentie moet bezitten om overnames te plegen met de door haar aangehouden overnamekas. *Uit de parallel met art. 15b, vijfde lid, – als gevolg waarvan zowel ter zake van investeringen door het CFA-lichaam als door een ander concernlichaam onbelast bedragen aan de risicoreserve onttrokken mogen worden – leid ik af dat zowel de overnameplannen van het CFA-lichaam als van andere concernlichamen meetellen voor het kwalitatieve criterium.*

Behalve de intentie is mijns inziens ook noodzakelijk dat bij een concrete overname de overnamekas wordt aangewend. *Overnames ter zake waarvan een overnamekas wordt aangehouden dienen in beginsel ook daadwerkelijk uit de overnamekas te worden gefinancierd.*

De intentie tot een overname wordt slechts marginaal getoetst aan de hand van bijvoorbeeld het overnamebeleid in het verleden. Kan het CFA-lichaam per het einde van het boekjaar ondanks de marginale toetsing niet aannemelijk maken dat de overnamekas wordt aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen, dan telt de opbrengst van de overnamekas in het desbetreffende boekjaar niet mee voor de reserveringsgrondslag.

ad c Behalve dat het CFA-lichaam toekomstige overnames aannemelijk moet maken, dient de overnamekas ook aan bepaalde kwantitatieve criteria te voldoen. Het bedrag van de kortlopende beleggingen dient te passen bij de omvang van het concern. Aan deze laatste voorwaarde is in ieder geval voldaan indien die beleggingen niet meer bedragen dan de laagste van de volgende waarden:

- a 25% van de beurswaarde of marktwaarde van het concern dan wel, als het concern één of meer andere lichamen heeft waarin financieringsactiviteiten worden verricht, het deel van die 25% dat overeenkomt met de verhouding tussen het eigen

vermogen van het onderhavige lichaam waarin financieringsactiviteiten worden verricht en het gezamenlijk eigen vermogen van alle lichamen waarin financieringsactiviteiten worden verricht; of

b. de totale som van:

- 100% van het bedrag van de uitstaande leningen van het CFA-lichaam, plus
- 100% van de waarde in het economische verkeer van de buitenlandse deelnemingen van het CFA-lichaam, verminderd met de waarde van de in Nederland aanwezige bezittingen van de buitenlandse deelnemingen, vermeerderd met de waarde van de niet in Nederland aanwezige bezittingen van binnenlandse deelnemingen, plus
- 100% van de waarde in het economische verkeer van de binnenlandse deelnemingen, verminderd met de waarde van de niet in Nederland aanwezige bezittingen, vermeerderd met de waarde van de in Nederland aanwezige bezittingen van buitenlandse deelnemingen, doch niet groter dan 1/9 deel van de waarde van de buitenlandse deelnemingen, minus
- de schulden van het CFA-lichaam die verband houden met de hiervoor bedoelde leningen en deelnemingen.

Blijft de overnamekas beneden deze ratio's, dan is aan het kwantitatieve criterium voldaan. Het bedrag van de beleggingen past bij de omvang van het concern. Voor genoemde normen gelden als safe-harbour ratio's. Stijgt de overnamekas uit boven de normen dan zal het CFA-lichaam aannemelijk moeten maken dat hiervoor een reden is. Slaagt het CFA-lichaam daar niet in, dan past het bedrag van de beleggingen blijkbaar niet bij de omvang van het concern. Strikt genomen blijft de gehele opbrengst van de overnamekas dan buiten beschouwing. *Indien aansluiting kan worden gezocht bij de sanctie op overschrijding van de vermogenstoets, dan betekent dit dat de sanctie beperkt is tot het deel van de opbrengst dat is toe te rekenen aan de beleggingen waarmee de kwantitatieve norm is overschreden.*

Voor de beoordeling of aan het kwantitatieve criterium is voldaan, kan vanuit praktisch oogpunt aansluiting worden gezocht bij de peildatum voor de vermogenstoets. Aldaar is sprake van een jaarlijkse toetsing per het einde van het boekjaar.

11.9.3 Verhoging percentage van 80% naar 100%

Voor bepaalde opbrengsten wordt het percentage van 80 verhoogd tot 100. Dit is het geval voor:

- a. positieve valutavoordelen die worden behaald bij de financieringsactiviteiten of bij het aanhouden van de overnamekas, en
- b. positieve voordelen van de concernfinancieringswinst die samenhangen met een risico waarvoor in een eerder stadium reeds een bedrag uit de risicoreserve aan de winst is toegevoegd, doch ten hoogste voor het laatstgenoemde bedrag.

Het begrip ‘positieve voordelen’ dient uitgelegd te worden als een brutobegrip dat nadelen uitsluit. Een kostentoerekening behoeft niet plaats te vinden.

ad a. Indien het CFA-lichaam het valutarisico op de verstrekte concernleningen heeft afgedekt, rijst de vraag in hoeverre de dotatieverhoging geldt voor het resultaat op valuta-afdekinstrumenten. Deze vraag dient positief te worden beantwoord indien dit valutaresultaat tot de (negatieve) kosten behoort die verband houden met de financieringsactiviteiten. *Analoog aan de toepassing van de deelnemingsvrijstelling behoort het valutaresultaat op een lening die strekt tot financiering van concernleningen of andere financieringsactiviteiten, niet tot de kosten die onderdeel uitmaken van de concernfinancieringswinst.* Valutaresultaten op valuta-afdekinstrumenten behoren evenmin tot deze kosten. Het valutaresultaat op deze transacties behoort mitsdien niet tot de concernfinancieringswinst. Ook zelfstandig beoordeeld kwalificeren deze transacties niet als financieringsactiviteit, zij worden immers niet verricht ten behoeve van concernlichamen. In dat opzicht behoren de valutaresultaten evenmin tot de concernfinancieringswinst. Een verhoging van de dotatiegrondslag tot 100% is niet aan de orde.

Het afdekken van valutarisico's op concernfinancieringsactiviteiten moet onderscheiden worden van valutarisicobeheersactiviteiten. Het CFA-lichaam ontplooit laatstgenoemde activiteiten ten behoeve van concernlichamen welke hun valutarisico's overhevelen naar het CFA-lichaam. De overname van deze valutarisico's kwalificeert als financieringsactiviteit.

ad b. De verhoging tot 100% ziet niet uitsluitend op positieve voordelen welke onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van andere concernlichamen, maar ook op voordelen van het CFA-lichaam zelf. Het positieve voordeel dient wel samen te hangen met een risico waarvoor in een eerder stadium een bedrag aan de risicoreserve is onttrokken. *Het positieve voordeel van het CFA-lichaam kan op basis van de wettekst uitsluitend betrekking hebben op concernfinancieringswinst.*

De vraag is of de zinsnede ‘doch ten hoogste voor het laatstbedoeld bedrag’ een beperking stelt aan de gehele toevoeging aan de reserve of slechts een beperking stelt aan het gedeelte van de financieringswinst dat voor 100% kan worden gedoteerd. *Gezien de strekking van de verhoogde dotatiemogelijkheid lijkt laatstgenoemde interpretatie een logische gevolgtrekking.*

11.9.4 Beperking dotatiemogelijkheid

De dotatiemogelijkheid aan de risicoreserve wordt op drieërlei wijze beperkt:

- a. het aan de risicoreserve toe te voegen bedrag bedraagt niet meer dan 80% van het belastbaar bedrag dat door de belastingplichtige zou zijn genoten indien over dat jaar geen bedrag aan de risicoreserve zou zijn toegevoegd of zijn onttrokken,

- b. bij overschrijding van de vermogens- of inkomstennorm,
- c. bij vrijwillige beëindiging van de risicoreserve.

ad a. De strekking van het dotatiemaximum van 80% is dat het niet in de lijn van de regeling ligt dat aan de ene kant ten laste van de winst wordt gereserveerd terwijl aan de andere kant verliezen die binnen het lichaam zijn geleden nog niet zijn gecompenseerd. *Gezien deze strekking van het dotatiemaximum zou een plafond van 100% van het belastbaar bedrag meer voor de hand hebben gelegen.*

Aangezien gesproken wordt van '80% van het *belastbaar bedrag*', lijkt het plafond beïnvloed te worden door verrekening van verliezen uit voorafgaande en volgende jaren. Daar het ongewenst is dat een achterwaartse verliesverrekening zou kunnen leiden tot het terugdraaien van een eerdere dotatie, is in art. 15b, derde lid, bepaald dat de dotatiegrondslag geen wijziging ondergaat bij verrekening van verliezen uit volgende jaren. Het belastbaar bedrag wordt alleen negatief beïnvloed door de verliezen uit voorgaande jaren.

Voorzover ter zake van een verlies uit een concernfinancieringsactiviteit een bedrag aan de risicoreserve onttrokken wordt, vermindert dit verlies niet de concernfinancieringswinst. Doordat het verlies wel invloed heeft op het belastbaar bedrag, kan de dotatiegrondslag toch worden beperkt. Ook door het CFA-lichaam geleden verliezen uit overige activiteiten kunnen de dotatiegrondslag in negatieve zin beïnvloeden.

ad b. Indien in enig jaar niet aan de vermogensnorm is voldaan, blijft de winst behaald met het financieringsvermogen waarmee de norm is overschreden, buiten de dotatiegrondslag. Wordt niet voldaan aan de inkomstennorm dan kan geen dotatie aan de risicoreserve plaatsvinden.

ad c. Op verzoek kan de risicoreserve worden beëindigd. De reserve wordt dan in vijf gelijke delen in vijf jaren aan de winst van het CFA-lichaam toegevoegd. Ingevolge art. 15b, zesde lid, kunnen in deze periode van vrijwillige opheffing geen toevoegingen aan de reserve plaatsvinden.

11.10 ONTTREKKING

De risicoreserve kan op vier manieren afnemen:

- a. een belaste onttrekking naar het reguliere tarief ter zake van verliezen waarvoor de risicoreserve is gevormd,
- b. een belaste onttrekking naar het tarief van 10% bij vrijwillige beëindiging van de reserve,
- c. een belaste onttrekking naar het reguliere tarief bij verplichte beëindiging van de reserve,
- d. een onbelaste onttrekking ter zake van een investering in een deelneming.

11.10.1 Belaste onttrekking ter zake van verliezen

Uit de systematiek van de concernfinancieringsregeling vloeit voort dat indien verliezen waarvoor de risicoreserve is gevormd bij een Nederlands concernlichaam in aanmerking worden genomen, een gelijk bedrag ten laste van de reserve aan de regulier belaste winst van het CFA-lichaam wordt toegevoegd. De verliezen ter zake van de volgende activiteiten moeten verplicht aan de risicoreserve onttrokken worden:

- a financieringsactiviteiten *door het CFA-lichaam* ten behoeve van concernlichamen,
- b het houden van deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, Wet Vpb 1969 *door het concern*,
- c het drijven van een ondernemingen *door het concern* met behulp van een vaste inrichting buiten Nederland

Ter zake van de risico's wordt geen onderscheid gemaakt tussen activiteiten ten behoeve van binnenlandse of buitenlandse concernlichamen. Voorzover het verlies het saldo van de risicoreserve overtreft, kan niet aan de risicoreserve worden onttrokken. Het verlies komt alsdan per saldo ten laste van het resultaat van het Nederlandse gedeelte van het concern.

Tot de verliezen behoren niet de kosten welke verband houden met de desbetreffende activiteit. *Kosten die samenhangen met de financieringsactiviteiten komen in mindering op de concernfinancieringswinst, en leiden tot een lagere dotatiegrondslag. Een vermogensverlies uit een financieringsactiviteit dient belast aan de risicoreserve onttrokken te worden, en behoort alsdan niet tot de concernfinancieringswinst.* Ook voor het houden van deelnemingen en het drijven van een buitenlandse vaste inrichting is het onderscheid tussen kosten en vermogensverliezen relevant. Vermogensverliezen ter zake van een deelneming of vaste inrichting moeten, in tegenstelling tot kosten welke verband houden met deze activiteiten, belast aan de risicoreserve onttrokken worden.

De afschrijvingskosten op een ter beschikking gesteld bedrijfsmiddel komen in mindering op de financieringswinst. De afschrijving kwalificeert niet als een vermogensverlies ter zake waarvan een bedrag belast aan de risicoreserve onttrokken moet worden. *Leidt een te lage afschrijving bij vervreemding van het bedrijfsmiddel tot een vervreemdingsverlies, dan dient ter zake van het verlies een bedrag aan de risicoreserve onttrokken te worden. In een dergelijke verliessituatie is de mate van afschrijving van invloed op de totale winst.* Dit is een gevolg van het feit dat een vermogensverlies voor 100% aan de risicoreserve onttrokken moet worden, en de financieringswinst, waarvan de afschrijvingskosten deel uitmaken, slechts voor 80% aan de risicoreserve wordt toegevoegd.

Voorzover de kosten ter zake van bijvoorbeeld een financieringsactiviteit de opbrengsten overtreffen, ontstaat een negatief financieringsresultaat. De vraag is of een

bedrag gelijk aan dit negatieve saldo aan de risicoreserve onttrokken moet worden. Of leiden alleen verliezen in de vermogenssfeer tot een afname van de risicoreserve? Het gebruik van het begrip ‘verliezen’ in de wettekst duidt op verliezen geleden in de vermogenssfeer. De voorbeelden genoemd tijdens de parlementaire behandeling bevestigen deze uitleg. Aan het onderscheid in behandeling tussen verliezen en kosten wordt blijkens de parlementaire behandeling slechts afbreuk gedaan door de behandeling van vaste inrichtingsverliezen. Een verlies dat in enig jaar is ontstaan doordat de kosten en andere lasten die verband houden met een buitenlandse vaste inrichting hoger zijn dan de opbrengsten uit deze ondernemingsactiviteit, dient ten laste van de risicoreserve te worden gebracht. *Overtreffen de kosten in enig jaar de opbrengsten welke voortvloeien uit financieringsactiviteiten of uit het houden van deelnemingen, dan is er naar mijn mening geen aanleiding enig bedrag aan de risicoreserve te onttrekken.*

Verliezen die verband houden met een risico als genoemd in art. 15b, eerste lid, moeten ten laste van de risicoreserve worden gebracht. Op welke wijze moet het begrip ‘verband houden met’ uitgelegd worden? Betreft dit uitsluitend verliezen in een eng verband of moeten ook verliezen in een wijder verband aan de reserve onttrokken worden? *Daar de wetgever ten aanzien van het houden van deelnemingen ook verliezen in een wijder verband onder de financieringsregeling wenst te brengen, zie ik geen aanleiding een andere benadering te volgen voor financieringsactiviteiten.* Zo zal bijvoorbeeld een negatief valutaresultaat op een lening die strekt ter financiering van een concernlening – welk resultaat niet tot de concernfinancieringswinst behoort – wel belast aan de risicoreserve onttrokken moeten worden. *Een dergelijke ruime uitleg betekent dat verliezen welke verband houden met financieringsactiviteiten niet noodzakelijkerwijs tot de concernfinancieringswinst behoren.*

De risicoreserve wordt niet gevormd voor risico's welke samenhangen met deelnemingen die als belegging kwalificeren. Verliezen uit dergelijke participaties behoeven niet belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. *Evenmin is de risicoreserve gevormd voor verliezen ter zake van een vaste inrichting waarvan de werkzaamheden voor meer dan 50% bestaan uit beleggen of passieve financieringsactiviteiten.* Verliezen ter zake van een dergelijke vaste inrichting behoeven niet belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Wordt het CFA-lichaam aansprakelijk gesteld in de hoedanigheid van crediteur van een concernlichaam, dan dient een uit de aansprakelijkstelling voortvloeiend verlies aan de risicoreserve onttrokken te worden. Wordt het CFA-lichaam of een ander concernlichaam aansprakelijk gesteld uit hoofde van het aandeelhouderschap, dan houdt een nadeel uit de aansprakelijkstelling verband met het houden van deelnemingen. Echter, in een dergelijk situatie valt het nadeel veelal onder de deelnemingsvrijstelling, en komt het niet ten laste van de in Nederland belastbare winst. Alsdan behoeft niet aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Verliezen geleden door niet-100% concernlichamen komen naar mijn mening proportioneel in mindering op de risicoreserve. Daarbij is niet de mate van verbondenheid met de topvennootschap van het concern van belang, maar de verbondenheid tussen het concernlichaam en het CFA-lichaam. Daalt binnen een periode van verbondenheid een belang in een concernlichaam van 100% naar 50%, dan behoeft een verlies niet toegerekend te worden aan de 50%- en 100%-periode. *Aangezien naar mijn mening binnen de concernfinancieringsregeling de compartimenteringsgedachte niet wordt gevolgd, dient het verlies beoordeeld te worden op basis van de verbondenheid ten tijde van de verliesrealisatie. Deze gedachte dient eveneens gevolg te worden bij een toe- of afname van het belang boven of beneden de een derde. Bij een dergelijke sfeerovergang dient het verlies evenmin gecompartmenteerd te worden, maar is het regime van toepassing zoals dat geldt ten tijde van de verliesrealisatie.*

Lijdt het CFA-lichaam of een ander concernlichaam een van de Nederlandse winst aftrekbaar verlies waarvoor de risicoreserve is gevormd, dan dient een gelijk bedrag bij het CFA-lichaam belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Is een verlies geleden door een ander concernlichaam dan kunnen in afwijking van het wettelijk systeem het CFA-lichaam en het concernlichaam er voor kiezen een belaste onttrekking achterwege te laten, mits het andere concernlichaam dan geen verlies ten laste van haar winst brengt. De keuzemogelijkheid bestaat niet voor verliezen van het CFA-lichaam zelf.

11.10.2 Belaste onttrekking naar 10%-tarief bij vrijwillige beëindiging

Op verzoek van de belastingplichtige kan de gehele reserve in gelijke delen aan de winst van een jaar en de daaropvolgende vier jaren worden toegevoegd. Een gedeeltelijke opheffing van de risicoreserve is niet mogelijk. De aan de winst toegevoegde jaarmoten worden belast tegen een tarief van 10%. *De jaarmoten dienen naar mijn mening per het einde van een boekjaar aan de winst te worden toegevoegd.* Het tijdstip van toevoeging is van belang ingeval een samenloop optreedt met een onttrekking aan de reserve. De belastingplichtige moet gedurende de vijfjaarsperiode blijven voldoen aan de in art. 15b, eerste lid, en door de inspecteur gestelde voorwaarden. In de vijfjaarsperiode kunnen geen dotaties aan de risicoreserve plaatsvinden. Gedurende de vrijwillige afbouwperiode geschieden de belaste en onbelaste onttrekkingen aan de reserve op normale wijze.

Is gedurende de afbouwperiode niet voldaan aan de voorwaarden van art. 15b, of de door de inspecteur gestelde voorwaarden, dan bedraagt de belasting over de toevoeging aan de jaarwinst in dat betreffende jaar geen 10% maar het reguliere tarief. Bovendien wordt de belasting over de termijnen die al tegen 10% zijn afgerekend, alsnog verhoogd met 25%, zodat uiteindelijk over de gehele reserve 35% belasting is geheven. *Deze aanvullende belasting wordt binnen de vijfjaarsperiode geheven in*

het jaar waarin niet aan één van de in het eerste lid of door de inspecteur gestelde voorwaarden is voldaan

Indien gedurende de vijftiaarsperiode ook aan de substancevoorwaarden moet worden blijven voldaan zal, afgezien van de vraag of deze voorwaarden rehtens gesteld kunnen worden, de flexibiliteit van het concern ten aanzien van de concernfinancieringsactiviteiten beperkt zijn Het CFA-lichaam wordt namelijk geacht gedurende de vijftiaarsperiode de centrale spil voor de concernfinancieringsactiviteiten te blijven, terwijl de opbrengst ter zake van deze activiteiten niet meer aan de risicoreserve gedoteerd kan worden De financieringsactiviteiten kunnen pas na afloop van de vijftiaarsperiode worden voortgezet door een ander, in Nederland of het buitenland gevestigd concernlichaam Overdracht van de financieringsactiviteiten binnen de vijftiaarsperiode leidt tot een aanvullende belastingheffing van 25%

Ingeval in enig jaar gedurende de vijftiaarsperiode het belastbaar bedrag lager is dan het bedrag van de toevoeging van de jaarmoot, wordt in het desbetreffende jaar slechts het belastbaar bedrag aan de winst toegevoegd Dit maximum komt aan de orde indien voor het overige verliezen zijn geleden Deze verliezen worden verrekend met de toevoeging welke normaliter tegen een tarief van 10% zou worden belast Het verlies is mitsdien slechts aftrekbaar naar een tarief van 10%

De vraag rijst of een bijheffing ook plaatsvindt als in het verleden door geleden verliezen niet daadwerkelijk tegen een tarief van 10% is afgerekend Strkt genomen staat de wettekst een bijheffing toe ongeacht of in voorgaande jaren daadwerkelijk belasting is geheven tegen een tarief van 10% Voor een bijheffing van 25% eist de tweede volzin van het zevende lid in een voorgaand jaar slechts een toevoeging aan de winst ingevolge het zesde lid *De strekking van het zesde en zevende lid lijkt evenwel slechts een aanvullende heffing van 25% voor te staan, voorzover in het verleden daadwerkelijk is afgerekend tegen een tarief van 10%*

11.10.3 Belaste onttrekking naar regulier tarief bij verplichte beëindiging

Ingevolge het zevende lid wordt de risicoreserve bij het begin van het jaar aan de winst toegevoegd indien

- a het CFA-lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, dan wel
- b het CFA-lichaam niet langer voldoet aan de voorwaarden van het eerste lid of de door de inspecteur gestelde voorwaarden

Deze verplichte toevoeging aan de winst is belast tegen het normale tarief In het kader van een vrijwillige beëindiging van de risicoreserve ingevolge het zesde lid, zijn voornoemde gelegenheden eveneens genoemd

Indien het CFA-lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, is per definitie niet langer voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid. Waarom wordt het ophouden in Nederland belastbare winst te genieten dan afzonderlijk genoemd als omstandigheid waardoor de risicoreserve verplicht wordt beëindigd? *Een onderscheid tussen beide omstandigheden is van belang voor de bepaling van het tijdstip waarop de risicoreserve aan de winst wordt toegevoegd*

In de volgende gevallen is niet langer voldaan aan de voorwaarden van het eerste lid

- het CFA-lichaam maakt op enig moment in een boekjaar niet langer deel uit van een internationaal werkzaam concern,
- het CFA-lichaam verricht in enig boekjaar geheel geen financieringsactiviteiten,
- de concernfinancieringsactiviteiten worden op enig moment in een boekjaar verricht vanuit een buitenlandse vaste inrichting van het CFA-lichaam,
- het CFA-lichaam verricht in enig boekjaar financieringsactiviteiten ten behoeve van onvoldoende concernlichamen

De vermogens- en inkomstentoets zijn geen voorwaarden van het eerste lid. *Het niet voldoen aan de vermogens- of inkomstentoets leidt niet tot verplichte beëindiging van de risicoreserve.* De sanctie op overschrijding van de vermogensnorm of het niet voldoen aan de inkomstennorm is uitdrukkelijk en uitputtend geregeld in het derde lid. Aan de sanctie van het zevende lid komt men derhalve niet toe.

11.10.4 Onbelaste onttrekking ter zake van investering in deelneming

In geval van een kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming, kan 50% van het geïnvesteerde bedrag ten laste van de risicoreserve worden gebracht zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt. Een onbelaste onttrekking is, in tegenstelling tot de belaste onttrekkingen, niet verplicht. Is de risicoreserve ontoereikend, dan kan ter zake van de verwerving van een deelneming geen bedrag onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. Een inhaalonttrekking in een later jaar is niet mogelijk.

Aan een onbelaste onttrekking worden de volgende voorwaarden gesteld

- a het betreft een directe of indirecte kapitaalstorting of verwerving van aandelen,
- b door een Nederlands concernlichaam,
- c in een deelneming,
- d gefinancierd uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam,
- e onder gelijktijdige afboeking van het opgeofferd bedrag van de deelneming,
- f de deelneming dient ten minste vijf jaar te worden aangehouden,
- g de investering in de deelneming dient te leiden tot een uitbreiding of verbetering van de operationele activiteiten van het concern, dan wel tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen

ad a. Bij een indirecte investering dient het daarmee gemoeide bedrag door middel van een dividenduitkering of kapitaalstorting uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam aan het concernlichaam dat de kwalificerende investering verricht (de tussenhoudster of moedermaatschappij) ter beschikking te worden gesteld. *Uit de wetsgeschiedenis leid ik af dat de financiering van het concernlichaam niet met een lening kan geschieden.*

Het onderscheid tussen een directe en een indirecte investering is onder meer van belang voor de bepaling van welke deelneming het opgeofferd bedrag wordt afgeboekt. Is sprake van een directe investering in een deelneming, dan gaat het belang bij die deelneming het CFA-lichaam aan. Het opgeofferd bedrag van de deelneming wordt verminderd met het bedrag van de investering. Bij een indirecte investering kwalificeert niet de investering door het CFA-lichaam voor een onbelaste afname van de reserve, maar de investering door een ander concernlichaam (de tussenhoudster of moedermaatschappij). Laatstgenoemde investering kwalificeert bijvoorbeeld vanwege de wezenlijke uitbreiding die als gevolg van deze investering plaatsvindt.

ad b. De reden van de voorwaarde dat het belang een Nederlands concernlichaam moet aangaan is erin gelegen dat de onbelaste afnamemogelijkheid als het ware vooruit loopt op een afwaarderingsverlies ex art. 13ca of een liquidatieverlies ex art. 13d Wet Vpb. 1969. Indien buitenlandse concernlichamen dergelijke verliezen lijden, zijn deze niet aftrekbaar in Nederland. Aangezien de risicoreserve niet wordt gevormd voor buitenlandse verliezen, is er ook geen reden een onbelaste afnamemogelijkheid toe te staan ingeval het belang een buitenlands concernlichaam aangaat.

Het belang bij de deelneming dient een in Nederland gevestigd lichaam aan te gaan. Strikt genomen zou in de situatie dat de investering is verricht door een Nederlandse vaste inrichting geen bedrag onbelast aan de risicoreserve onttrokken kunnen worden. Daar in de concernfinancieringsregeling een vaste inrichting is gelijkgesteld met een lichaam zou ook een indirecte investering via een in Nederland gevestigde vaste inrichting tot een onbelaste onttrekking moeten leiden. Uiteraard dient het belang bij de deelneming wel de Nederlandse vaste inrichting aan te gaan.

ad c. *Het binnenlandse of buitenlandse lichaam waarin geïnvesteerd wordt dient na de investering aangemerkt te kunnen worden als een deelneming in de zin van art. 13 Wet Vpb. 1969.* Aansluiting bij art. 13 betekent dat een investering in een participatie die niet als deelneming kwalificeert omdat zij niet aan een winstbelasting is onderworpen, niet kan leiden tot een onbelaste afname van de risicoreserve. Mocht evenwel een aftrekbaar verlies worden geleden op een dergelijke participatie, dan dient wel een bedrag gelijk aan het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken te worden.

Ook indien een investering in een binnenlandse of buitenlandse deelneming wordt aangewend om een investering te plegen in een vaste inrichting van deze deelne-

ming, kan een bedrag onbelast aan de risicoreserve worden onttrokken. Bij een investering in een vaste inrichting van het CFA-lichaam zelf, kan geen onbelaste afboeking van de risicoreserve plaatsvinden.

ad d De middelen waarmee een kapitaalstorting of verwerving van aandelen wordt gefinancierd, moeten ingevolge art. 15b, vijfde lid, afkomstig zijn uit het vermogen van het CFA-lichaam dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten. De vraag rijst of de investering gefinancierd moet zijn uit het eigen vermogen van het CFA-lichaam dat is aangewend voor de financieringsactiviteiten, of dat een financiering uit het vreemd vermogen dat is aangewend voor de financieringsactiviteiten ook toereikend is. *Voor een onbelaste afname van de risicoreserve lijkt zowel een financiering van de investeringen uit het eigen als vreemd (financierings)vermogen mogelijk te zijn.*

De investering moet op basis van de wettekst gefinancierd zijn uit het vermogen dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten. Daar de overnamekas niet behoort tot het concernfinancieringsvermogen, kan de financiering van een investering uit de overnamekas, strikt genomen niet leiden tot onbelaste afname van de risicoreserve. De opvatting dat de financiering van een investering uit de overnamekas niet kan leiden tot een onbelaste afname van de risicoreserve, spoort mijns inziens niet met de strekking van de financieringsregeling. *Een financiering van een investering uit de overnamekas dient naar mijn mening dan ook tot een onbelaste afname van de risicoreserve te kunnen leiden. De overnamekas moet in het kader van het vijfde lid gelijkgesteld worden met het vermogen van het CFA-lichaam dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten.*

ad e Is ter zake van een investering in een deelneming een bedrag onbelast onttrokken aan de reserve, dan dient het opgeofferd bedrag van de deelneming te worden verminderd met het bedrag van de onbelaste onttrekking. Als gevolg van de vermindering van het opgeofferd bedrag wordt een toekomstig afwaarderingsverlies ex art. 13ca, of een toekomstig liquidatieverlies ex art. 13d Wet Vpb 1969 gereduceerd.

Van de deelneming waarin een investering leidt tot een onbelaste afname van de risicoreserve, wordt het opgeofferd bedrag verminderd. Bij een indirecte investering kwalificeert niet de kapitaalstorting of de dividenduitkering door het CFA-lichaam voor een onbelaste afname van de risicoreserve, maar de kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming door het ander concernlichaam (de tussenhoudster of moedermaatschappij). Ter zake van de kwalificerende investering vindt een onbelaste onttrekking plaats, als gevolg waarvan het opgeofferd bedrag van de deelneming waarin de kwalificerende investering is verricht, met een zelfde bedrag vermindert.

ad f Behoort een deelneming binnen vijf jaar na de investering ter zake waarvan een bedrag onbelast aan de risicoreserve is onttrokken, niet meer tot het concern, dan

moet de eertijds onbelaste afname van de risicoreserve in het jaar van de vervreemding ongedaan worden gemaakt. Een vervreemding van een deelneming binnen concern leidt niet tot een ongedaanmaking van de onbelaste onttrekking. *Herstel vindt plaats door het bedrag dat ten tijde van de investering onbelast aan de risicoreserve is onttrokken, toe te voegen aan de risicoreserve.* Uiteraard wordt het opgeofferd bedrag van de deelneming ook gecorrigeerd. Een vervreemding binnen de vijfjaarsperiode leidt niet tot een ongedaanmaking ingeval de vervreemding is ingegeven door motieven die voortvloeien uit de bedrijfsvoering.

Een gedeeltelijke vervreemding leidt tot een evenredige toevoeging aan de reserve. De vraag rijst of deze regel doorgetrokken moet worden naar de gevallen waarin reeds enige aandelen worden gehouden in de te verwerven deelneming of in de deelneming waarin een kapitaalstorting wordt verricht. *Naar mijn mening strekt het vervreemdingsverbod zich niet uit over de reeds in het bezit zijnde aandelen, en ziet het verbod uitsluitend op de aandelen ter zake waarvan een onbelaste onttrekking heeft plaatsgevonden.*

ad g. Voor een onbelaste afname van de risicoreserve moet de investering in een deelneming reële betekenis hebben. De investering dient te leiden tot een uitbreiding of verbetering van de operationele activiteiten van het concern, dan wel tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen. *Willekeurige en herhaalbare verhangingen van deelnemingen binnen concern kwalificeren niet voor een onbelaste afname van de risicoreserve.* Een lening welke is gefinancierd uit het financieringsvermogen van het CFA-lichaam, en welke binnen drie jaar is omgezet in aandelenkapitaal, kan onder omstandigheden leiden tot een onbelaste onttrekking.

Bedragen kunnen voor 100% aan de risicoreserve worden onttrokken voorzover deze betrekking hebben op

- a kapitaalstortingen in verband met aansprakelijkstellingen van het concern voorzover het concernlichaam dat aansprakelijk is gesteld deze niet zelf kan dragen,
- b de kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een deelneming aan wier activiteiten of geografische ligging naar het oordeel van de Minister van Financien bijzondere risico's zijn verbonden.

Deze investeringen dienen wel te voldoen aan de hiervoor behandelde voorwaarden a t/m g. Slechts ten aanzien van een kapitaalstorting in verband met een aansprakelijkstelling zal, gezien de aard van deze storting, niet de voorwaarde kunnen worden gesteld dat sprake moet zijn van een wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern.

ad a. Onduidelijk is of de gehele kapitaalstorting ter zake van een aansprakelijkstelling tot een onbelast afname van de risicoreserve leidt, ongeacht in hoeverre de aansprakelijkstelling het vermogen van het concernlichaam te boven gaat, of dat slechts voorzover het vermogen wordt overschreden een 100% onttrekking aan de risicore-

serve kan plaatsvinden *Uit de wetsgeschiedenis volgt dat slechts voorzover het vermogen van het aansprakelijk gestelde concernlichaam is overschreden een 100% onttrekking aan de risicoreserve kan plaatsvinden* Het overige gedeelte van de kapitaalstorting kan niet tot een onbelaste afname van de risicoreserve leiden Deze storting heeft immers geen wezenlijke uitbreiding van de operationele activiteiten van het concern tot gevolg

ad b Volgens de parlementaire toelichting is sprake van bijzondere risico's in geval van technologisch innovatieve activiteiten en activiteiten die worden uitgeoefend op een plaats met extreme natuurlijke, klimatologische of politieke omstandigheden Hierbij kan onder meer gedacht worden aan landen welke in een (burger)oorlog verkeren of welke geteisterd worden door hevige onlusten Wellicht kan aansluiting worden gezocht bij de maatstaf welke de Nederlandsche Credietverzekering Maatschappij NV (NCM) hanteert voor de verzekering van zogenaamde landenrisico's *Verleent de NCM voor een bepaald land geen dekking tegen risico's van politieke aard, zoals oorlog of onlusten, dan zou een investering in een dergelijk niet-verzekerbbaar land volledig onbelast in mindering moeten kunnen komen op de risicoreserve*

11 11 FISCALE EENHEID

Ofschoon het fiscale regime voor de bepaling van de winst van een CFA-lichaam afwijkt van het algemeen geldend regime, kan een CFA-lichaam toch deel uitmaken van een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting De opbrengst ter zake van financieringsactiviteiten welke binnen een fiscale eenheid ten behoeve van gevoegde concernlichamen zijn verricht, behoort niet tot de concernfinancieringswinst

Binnen een fiscale eenheid behoeven de financieringsactiviteiten niet binnen één lichaam plaats te vinden Het geheel van activiteiten van de fiscale eenheid moet kwalificeren voor toepassing van art 15b Volgens de modelbeschikking kan evenwel slechts de financieringswinst behaald door lichamen die (in)direct worden gehouden door het CFA-lichaam, worden gedoteerd aan de risicoreserve *Ik ben van mening dat alle winst die binnen een fiscale eenheid door de verschillende maatschappijen is behaald met concernfinancieringsactiviteiten, tot de financieringswinst moet worden gerekend* Ik zie geen rechtvaardiging voor het onderscheid in behandeling van de winst behaald door een gevoegde dochtermaatschappij van het CFA-lichaam, en de winst van een gevoegde zustervennootschap

Het plafond van de overnamekas wordt onder meer bepaald door de waarde van de buitenlandse deelnemingen die door het CFA-lichaam zelf en door in het CFA-lichaam opgegane tussenhoudsters, worden gehouden Daarentegen wordt de omvang van de overnamekas slechts bepaald door de kortlopende beleggingen die tot het vermogen van het CFA-lichaam zelf behoren Onduidelijk is waarom het plafond

van de overnamekas wel door gevoegde maatschappijen kan worden verhoogd, maar de kortlopende beleggingen van deze maatschappijen niet meetellen voor de omvang van de overnamekas. *Ik pleit er dan ook voor alle kortlopende beleggingen binnen een fiscale eenheid tot de overnamekas te rekenen*

Lijdt een gevoegd lichaam een verlies ter zake van het verrichten van financieringsactiviteiten, dan dient een bedrag ter grootte van het verlies belast aan de risicoreserve onttrokken te worden. Hierbij is niet van belang of dit verlies is geleden door een van de fiscale eenheid deel uitmakend CFA-lichaam of een ander gevoegd lichaam. Indien een gevoegd lichaam een verlies lijdt uit het houden van deelnemingen of een verlies uit een buitenlandse vaste inrichting, komt zulks eveneens belast in mindering op de risicoreserve.

Een directe of indirecte kapitaalstorting door het CFA-lichaam in een lichaam dat met het CFA-lichaam tot dezelfde fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting behoort, kan niet tot een onbelaste afname van de risicoreserve leiden. Van deze investering binnen fiscale eenheid moet de situatie worden onderscheiden waarin de fiscale eenheid als zodanig investeert in een deelneming. Ofschoon de wettekst zulks niet uitdrukkelijk vereist, dient volgens de staatssecretaris in laatstgenoemde situatie, feitelijk kapitaal aan het financieringsvermogen van het CFA-lichaam onttrokken te worden.

11.12 EG-VERDRAG

De Europese Gemeenschap heeft zich in art. 2 EG-Verdrag een aantal doelen gesteld. Een van de doelstellingen is het bevorderen van een harmonische, evenwichtige en duurzame ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap. Teneinde deze doelstelling te bereiken moet worden voorkomen dat de mededinging binnen de interne markt wordt vervalst. Binnen de gemeenschappelijke Europese markt moet de mededinging gewaarborgd zijn. Steunmaatregelen door een lidstaat, fiscale begunstiging, waaronder begrepen, kunnen de concurrentieverhouding binnen de gemeenschappelijke markt verstoren. Art. 87 en 88 EG-Verdrag bepalen wanneer sprake is van een steunmaatregel die onverenigbaar is met de gemeenschappelijke markt en geven de procedurele normen met betrekking tot concurrentievervalsingen.

Ingevolge art. 87, eerste lid, EG-Verdrag, kwalificeert een maatregel van een lidstaat als ongeoorloofde steunmaatregel indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- a. er is sprake zijn van een steunmaatregel, in welke vorm ook,
- b. de maatregel is afkomstig van een staat of is met staatsmiddelen bekostigd,
- c. de maatregel begunstigt bepaalde ondernemingen of bepaalde producties,
- d. de maatregel vervalst de mededinging of dreigt deze te vervalsen;

e. de maatregel beïnvloedt het handelsverkeer tussen de lidstaten in ongunstige zin.

ad a en b. De mogelijkheid van afstel van belastingheffing, de gelegenheid van uitstel van belastingbetaling, alsmede het afwijkende belastingtarief van de concernfinancieringsregeling, duidt op een kwalificatie als steunmaatregel bekostigd door de Nederlandse overheid.

ad c. De steunmaatregel moet een specifiek of selectief karakter hebben. Algemene (fiscale) maatregelen waartoe alle ondernemingen en sectoren effectief in gelijke mate toegang hebben en waarvan de werkingssfeer niet feitelijk is beperkt, vormen geen steunmaatregel. De Europese Commissie deelt in 1998 mede dat elke afwijking van het algemene fiscale regime het vermoeden van een steunmaatregel met zich brengt. De kenmerken van de concernfinancieringsregeling duiden op een van de algemene aanvaarde belastingstructuur afwijkende maatregel. De forfaitaire reserveringsmogelijkheid is immers niet in overeenstemming met het realiteitsvereiste van goed koopmansgebruik, de inbreuk op de fiscale zelfstandigheid strookt niet met het uitgangspunt van de vennootschapsbelasting, en bovendien zijn de onbelaste afnamemogelijkheid en het verlaagde afbouwtarief niet gekende fenomenen binnen de Nederlandse belastingstructuur. Een afwijking van de algemeen aanvaarde belastingstructuur is slechts gerechtvaardigd indien de belastingmaatregel aan drie cumulatieve voorwaarden voldoet:

- de toepassing van de maatregel is niet tot welbepaalde gebieden beperkt,
- de maatregel berust op objectieve en horizontale criteria of voorwaarden, en
- de maatregel is niet beperkt in de tijd.

Gezien het relatief beperkt aantal ondernemingen dat in aanmerking komt voor de concernfinancieringsregeling, zou de toepassing beperkt kunnen zijn tot welbepaalde gebieden. Aangezien het daarnaast twijfelachtig is of de regeling op objectieve en horizontale criteria berust, lijkt de concernfinancieringsregeling een niet gerechtvaardigde afwijking van de algemeen aanvaarde belastingstructuur. Alsdan kent de regeling een specifiek of selectief karakter.

ad d en e. Gezien het internationale karakter van de concernfinancieringsregeling kan toepassing van de regeling tot verstoring van de concurrentieverhoudingen leiden en zal veelal het handelsverkeer tussen de lidstaten worden beïnvloed.

Gezien het vorenstaande lijkt de concernfinancieringsregeling te kunnen voldoen aan alle cumulatieve voorwaarden van art. 87, eerste lid, EG-Verdrag. Daar de regeling in ieder geval niet onder de van rechtswege verenigbare uitzonderingen van art. 87, tweede lid, EG-Verdrag kan worden geschaard, en evenmin valt onder enige uitzondering van art. 87, derde lid, lijkt de concernfinancieringsregeling te kunnen kwalificeren als ongeoorloofde steunmaatregel.

De Europese Commissie oefent ingevolge art 88, derde lid, EG-Verdrag preventieve controle uit op nieuwe steunmaatregelen. Repressieve controle wordt uitgeoefend op bestaande, al of niet aangemelde steunmaatregelen, indien de Commissie vermoedt dat een maatregel niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt. Buiten voornoemde onderzoeksprocedures kan de Commissie een lidstaat verzoeken enige informatie over een mogelijke steunmaatregel ter beoordeling toe te zenden. Zulks is geschied ten aanzien van de concernfinancieringsregeling. Indien de Commissie na beoordeling van de verstrekte informatie van mening is dat sprake is van strijdigheid met de gemeenschappelijke markt zal zij ten aanzien van een bestaande, reeds ten uitvoer gebrachte steunmaatregel, zoals bijvoorbeeld de concernfinancieringsregeling, de onderzoeksprocedure van art 88, tweede lid, inleiden.

Onrechtmatig verleende steun die bovendien niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt zal, ongeacht de stilzwijgperiode, automatisch samengaan met verplichte terugvordering door de lidstaat. De Nederlandse wetgeving biedt niet de mogelijkheid toepassing van de concernfinancieringsregeling met terugwerkende kracht ongedaan te maken. Pas na het verstrijken van de tienjaarsperiode kan de inspecteur de beschikking intrekken, en zal het CFA-lichaam de risicoreserve aan de winst moeten toevoegen. *Een beschikking kan slechts binnen de tienjaarsperiode worden ingetrokken indien niet in strijd gehandeld wordt met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.* Alhoewel de huidige Nederlandse wetgeving niet de mogelijkheid biedt reeds toegekende steun terug te vorderen, is de Nederlandse staat op grond van het gemeenschapsrecht gehouden gevolg te geven aan een terugvorderingsbeschikking van de Commissie. Alle door de Nederlandse staat als gevolg van de concernfinancieringsregeling gederfde belastingopbrengsten moeten met een rentecorrectie worden teruggevorderd. Niet van belang is op welke wijze deze terugvordering plaatsvindt, zolang deze maar plaatsvindt. Dit zou voor de concernfinancieringsregeling kunnen betekenen dat het CFA-lichaam de nog aanwezige risicoreserve met een rentecorrectie aan de winst moet toevoegen, dat ten aanzien van aan de reserve belast onttrokken bedragen het rentevoordeel wordt teruggevorderd en dat het belastingvoordeel ter zake van onbelast of tegen een bijzonder tarief onttrokken bedragen met een rentecorrectie wordt teruggevorderd. Het terugdraaien van gedane dotaties aan de risicoreserve heeft ook een afgeleid effect. Een correctie van een onbelaste onttrekking zal bijvoorbeeld ook tot een correctie van het opgeofferd bedrag leiden. Aan de hand van de door het gemeenschapsrecht gestelde voorwaarden lijkt vergoeding van de geleden schade als gevolg van toepassing van de concernfinancieringsregeling buitengewoon moeilijk.

11.13. GEDRAGSCODE

In december 1997 heeft de Raad van Ministers een gedragscode aangenomen die schadelijke belastingconcurrentie tussen de lidstaten van de EU ten aanzien van directe belastingen moet voorkomen.

Deze gedragscode ziet zowel op bestaande als op nieuwe, nog in te voeren wet- en regelgeving. De code is geen juridisch bindende maatregel, doch slechts een morele gedragsverklaring. Voor een juridisch bindende maatregel is ingevolge art. 94 EG-Verdrag immers eenparigheid van stemmen vereist.

Volgens de gedragscode is een belastingmaatregel potentieel schadelijk indien de regeling leidt tot een effectief lagere belastingdruk dan de belasting die normaliter in de betrokken lidstaat wordt geheven. Daarnaast moet voldaan zijn aan een of meer in de gedragscode genoemde kenmerken.

De concernfinancieringsregeling voldoet *niet* aan enkele in de gedragscode genoemde kenmerken aangezien:

- ook ingezetenen van Nederland de regeling kunnen toepassen en de regeling ook toegepast kan worden ten aanzien van transacties met Nederlandse groepsmaatschappijen,
- de regeling gevolgen heeft voor de Nederlandse belastinggrondslag, en
- de regeling leidt tot enige reële economische activiteit in Nederland.

Ten aanzien van de volgende kenmerken kan de concernfinancieringsregeling *wel* als schadelijke maatregel worden aangemerkt:

- de winstbepaling wijkt af van hetgeen internationaal acceptabel is, en
- de regeling lijkt niet volledig transparant.

Lidstaten moeten ingevolge de gedragscode schadelijke belastingmaatregelen voor 1 januari 2003 ontmantelen. De ontmanteling van schadelijk geachte belastingregimes dient door middel van wetgeving van de betreffende lidstaat te geschieden. Op grond van de Nederlandse belastingwetgeving zou de concernfinancieringsregeling ook nog na 1 januari 2003 toepassing kunnen vinden, aangezien reeds afgegeven beschikkingen gedurende de looptijd van tien jaar in beginsel gerespecteerd dienen te worden.

11.14 OECD-RAPPORT

Behalve binnen Europees verband, voeren ook de lidstaten binnen OECD-verband discussie over schadelijke belastingconcurrentie. De wens van de OECD-lidstaten mondde in april 1998 uit in het OECD-rapport 'Harmful tax competition, an emerging global issue'. Het OECD-rapport bestrijkt deels hetzelfde terrein als de EU-gedragscode. Het verschil is dat de gedragscode ziet op alle belastingregelingen voor ondernemingen, terwijl het OECD-rapport slechts ziet op de (internationale) financiële dienstverlening. Daarentegen is de geografische reikwijdte van het OECD-rapport groter dan die van de EU-gedragscode.

- Volgens het OECD-rapport karakteriseert een schadelijk belastingregime zich door
- a een laag effectief belastingtarief (als gevolg van een laag nominaal belastingtarief of een beperkte belastinggrondslag),
 - en voldoet de belastingregeling aan één of meer van de volgende kenmerken:
 - b. de regeling worden uitsluitend aan niet-inwoners toegekend of aan ondernemingen die geen activiteiten ontplooiën op de binnenlandse markt van het desbetreffende land,
 - c de fiscale regeling is niet transparant,
 - d gebrek aan daadwerkelijke uitwisseling van gegevens

Deze criteria komen in grote lijn overeen met de EU-gedragscode. Een verschil is de benadering van het effectieve tarief. Het OECD-rapport beoordeelt of een belastingregeling is onderworpen aan een laag effectief tarief. Volgens de EU-gedragscode is een laag effectief tarief niet voldoende om een belastingmaatregel als schadelijk aan te merken. De effectieve belastingdruk dient ook aanmerkelijk lager te zijn dan de belasting die de desbetreffende staat normaliter heft. Dit verschil is te wijten aan de soevereiniteit van de EU-lidstaten ten aanzien van de directe belastingen.

Ten aanzien van de concernfinancieringsregeling kan worden opgemerkt dat afhankelijk van de feitelijke situatie, de regeling kan leiden tot een laag effectief belastingtarief (criterium a), en dat twijfels kunnen bestaan over het transparante karakter van de regeling (criterium c). In zoverre karakteriseert de concernfinancieringsregeling zich als schadelijk belastingregime.

De aanbevelingen en richtlijnen van het OECD-rapport zijn juridisch niet bindend. Naleving van de aanbevelingen en richtlijnen kan niet juridisch worden afgedwongen, en is afhankelijk van de politieke intentie van de OECD-lidstaten die hebben ingestemd met het OECD-rapport.

11.15 WTO-OVEREENKOMST

De WTO-overeenkomst is een multilateraal verdrag dat op 1 januari 1995 in werking is getreden. Dit verdrag heeft als doel een geïntegreerd en duurzaam wereldhandelsstelsel te ontwikkelen. Het verdrag bevat een drietal materieelrechtelijke bijlagen, de Algemene Overeenkomst betreffende tarieven en handel (GATT 1994), de Algemene Overeenkomst betreffende de handel in diensten (GATS), en de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS). Onderdeel van de GATT 1994 is de Overeenkomst betreffende subsidies en compenserende maatregelen (ASCM). Op basis van de ASCM-regels dienen exportstimulerende en importbeperkende maatregelen ten aanzien van handelsgoederen te worden tegengegaan. De ASCM-regels zijn voor directe belastingen van belang ingeval een dergelijke belasting invloed heeft op de import of export van handelsgoederen. Daar de omvang van het belastingvoordeel op basis van de concernfinancieringsregeling niet gerelateerd is

aan de omvang van de exportactiviteiten, kan de concernfinancieringsregeling niet als verboden subsidie in de zin van de ASCM worden aangemerkt. De beperkte toegang tot de risicoreserve in samenhang met de mogelijkheid van uitstel en/of afstel van belastingheffing zou de concernfinancieringsregeling wel als betwistbare subsidie kunnen bestempelen.

11.16 VOORSTEL TOT AANPASSING CONCERNFINANCIERINGSREGELING

In de voorgaande hoofdstukken en onderdelen zijn diverse bezwaren aangedragen ten aanzien van de bestaande concernfinancieringsregeling. In dit onderdeel is een aangepaste concernfinancieringsregeling ex art. 15b Wet Vpb. 1969 opgenomen waarin zoveel mogelijk is tegemoet gekomen aan de gesignaleerde bezwaren. Ik beoog hiermede te komen tot een congruente regeling welke bovendien in internationaal opzicht minder weerstand zal oproepen. Evenals in de bestaande regeling blijft ook in deze voorgestelde regeling een forfaitaire reserveringsmogelijkheid het uitgangspunt. De dotatie aan de risicoreserve is niet gerelateerd aan de daadwerkelijke risico's die worden gelopen.¹ Indien wel de reële risico's in ogenschouw worden genomen, dan kan reeds op grond van het goed koopmansgebruik daarmede rekening worden gehouden.² Een bijzondere reserveringsregeling behoeft alsdan niet in het leven te worden geroepen.

In de voorgestelde regeling is onder meer de vierlanden- of tweecontinenteneis niet meer gesteld waardoor de regeling meer toegankelijk wordt,³ en is de onbelaste en laag belaste onttrekkingsmogelijkheid komen te vervallen.⁴ Bovendien is meer recht gedaan aan de fiscale zelfstandigheid van lichamen, waardoor verliezen van andere concernlichamen dan het CFA-lichaam niet meer aan de risicoreserve onttrokken behoeven te worden. Bovenal is de regeling meer symmetrisch van opzet: de dotatiemogelijkheid beperkt zich niet meer tot de internationale financieringsactiviteiten,⁵ de dotatiemogelijkheid van de opbrengst van de overnamekas is komen te vervallen, en dotatie van de opbrengst uit deelnemingen en buitenlandse vaste inrichtingen behoort tot de mogelijkheden.⁶ Belastingplichtigen zullen laatstgenoemde mogelijkheid waarschijnlijk niet als bijzonder profijtelijk ervaren, aangezien deze opbrengsten veelal toch niet effectief onderworpen zijn aan de Nederlandse belastingheffing. Nu de dotatiemogelijkheid in de voorgestelde regeling niet meer beperkt is tot internationale financieringsactiviteiten, kan ook de winst die is behaald met de financie-

1. De belastinggrondslag wordt door de forfaitaire reserveringsmogelijkheid nog immer op een 'gekunstelde' wijze vastgesteld. De concernfinancieringsregeling behoudt als gevolg daarvan één van de schadelijke kenmerken zoals genoemd in de EU-gedragscode en het OECD-rapport.

2. Zie § 8.5.4.

3. Zie § 8.3.2.

4. Zie § 9.2.2.1 en § 9.3.2.

5. Zie § 8.3.3.

6. Zie § 8.3.4.

ring van Nederlandse concernlichamen aan de risicoreserve worden gedoteerd. Wordt gevreesd voor een afroming van de Nederlandse belastinggrondslag, welke vrees overigens minder gegrond is nu een onbelaste of laag belaste afname van de reserve niet meer mogelijk is, dan zou bijvoorbeeld een absoluut maximum gesteld kunnen worden aan de omvang van de risicoreserve.

Met name door het ontbreken van een onbelaste of laag belaste onttrekkingsmogelijkheid verliest de concernfinancieringsregeling een groot deel van haar charme. De vorming van een risicoreserve bewerkstelligt geen afstel van belastingbetaling meer, doch biedt nog slechts gelegenheid tot uitstel van betaling. Alsdan bestaat evenwel de mogelijkheid dat multinationale ondernemingen hun concernfinancieringsactiviteiten weer gaan onderbrengen in een lager belaste jurisdictie. Zoals eerder gezegd beoog ik met dit voorstel niet een internationaal concurrerende regeling te creëren, daar voldoet de huidige regeling immers al aan, doch een meer congruente regeling welke daarnaast in internationaal verband op minder weerstand zal stuiten.

Het voorstel tot aanpassing van art. 15b Wet vennootschapsbelasting 1969 luidt als volgt:

1 Met betrekking tot een lichaam dat financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van tot het concern behorende lichamen, wordt door de inspecteur op verzoek van de belastingplichtige onder door hem te stellen voorwaarden toegestaan dat een reserve wordt gevormd ter zake van risico's welke verband houden met die financieringsactiviteiten, met het houden van deelnemingen in de zin van artikel 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, alsmede met het drijven van een onderneming door dat lichaam met behulp van een of meer vaste inrichtingen buiten Nederland. Voor de toepassing van dit artikel wordt verstaan onder

a financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen

1° het verstrekken van geldleningen aan concernlichamen die de lening aanwenden voor de financiering van

– materiele en immateriele bedrijfsmiddelen,

– bedrijfsmatige activiteiten, of

– deelnemingen in de zin van art. 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid,

2° het ter beschikking stellen van een materieel of immaterieel bedrijfsmiddel binnen het concern,

3° complementaire financieringsactiviteiten ten behoeve van concernlichamen, waaronder mede zijn begrepen interne en externe verslaglegging, factoring, auditing, valutarisicobeheer en geldstroombeheer,

andere dan financieringsactiviteiten buiten het concern alsmede beleggen,

b concernfinancieringswinst de winst behaald met de financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen, met uitzondering van de winst behaald met vermogen van het lichaam bestaande uit aandelen die bij ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam en met uitzondering van verlie-

zen van het lichaam voorzover ter zake van deze verliezen een toevoeging uit de reserve aan de winst op de voet van het derde lid plaatsvindt,

c concern de belastingplichtige te zamen met de met hem verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, waarbij voor de bepaling van het belang als bedoeld in dat artikellid buiten aanmerking blijven aandelen die bij de ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam. Onze Minister kan op verzoek van een samenwerkende groep van niet-verbonden lichamen de inspecteur machtigen, onder door Onze Minister te stellen voorwaarden, deze groep aan te merken als verbonden lichamen.⁷ De inspecteur beslist op het verzoek bij voor bezwaar vatbare beschikking

2 Het ten laste van de winst van een jaar aan de reserve toe te voegen bedrag beloopt ten hoogste 80% van de in dat jaar behaalde concernfinancieringswinst alsmede van de opbrengst van de door het lichaam gehouden deelnemingen in de zin van artikel 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, alsmede van de opbrengst van ondernemingen welke door dat lichaam met behulp van vaste inrichtingen buiten Nederland worden gedreven, voorzover deze winst in Nederland belastbaar is. Het in de eerste volzin bedoelde percentage wordt verhoogd tot 100 voor positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid en voor welke risico een bedrag uit de reserve aan de winst is toegevoegd, doch ten hoogste voor het laatstbedoelde bedrag. Het aan de reserve toe te voegen bedrag bedraagt echter niet meer dan het belastbare bedrag dat door de belastingplichtige zou zijn genoten indien over dat jaar geen bedrag aan de reserve zou zijn toegevoegd, noch onttrekkingen ten laste van de reserve aan de winst zouden zijn toegevoegd. Een toevoeging aan de reserve ondergaat geen wijziging bij verrekening van verliezen uit volgende jaren

3 Uit de reserve wordt, voorzover mogelijk, aan de winst van een jaar toegevoegd een bedrag ter grootte van de in het jaar geleden verliezen ter zake van de in het eerste lid omschreven risico's voorzover die in Nederland ten laste van de winst komen. Het bepaalde in de vorige volzin is niet van toepassing op liquidatieverliezen bedoeld in artikel 13d die zich voordoen binnen vijf jaar nadat de belastingplichtige voor de eerste maal ten laste van de winst aan de reserve heeft toegevoegd waarbij het ook binnen het concern voor de eerste maal is dat de reserve wordt gevormd en die betrekking hebben op voor die periode reeds gehouden deelnemingen, het vorenstaande geldt niet voorzover het liquidatieverlies betrekking heeft op een toename van het opgeofferd bedrag in de hiervoor bedoelde periode van vijf jaar

4 Bij het begin van het jaar waarin het lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, dan wel waarin het lichaam niet langer financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van tot het concern behorende lichamen, dan wel het lichaam niet langer voldoet aan de door de inspecteur gestelde voorwaarden, wordt de reserve aan de winst toegevoegd

⁷ Zie § 2.4.5

5. De in het eerste lid bedoelde voorwaarden, welke iedere 10 jaar aan feiten en omstandigheden kunnen worden aangepast, strekken tot het zeker stellen:
- a. van de heffing van belastingen overeenkomstig doel en strekking van dit artikel alsmede van de invordering van belastingen,
 - b. dat eigen vermogen van het lichaam niet direct of indirect is gefinancierd uit geldleningen aangegaan door in Nederland gevestigde tot het concern behorende lichamen en waarvan de rente bij het bepalen van de winst in aftrek komt,
 - c. dat vanwege andere Mogendheden geheven belastingen over de inkomsten uit de financieringsactiviteiten door de toepassing van dit artikel niet in volgende jaren in aanmerking worden genomen.

Bij de toepassing van onderdeel c wordt op verzoek van de belastingplichtige de vanwege andere Mogendheden geheven belastingen over de inkomsten uit de financieringsactiviteiten in het jaar waarin deze worden genoten gezamenlijk in aanmerking genomen.

6. In geval de belastingplichtige niet voldoet aan de door de inspecteur gewijzigde voorwaarden wordt in afwijking van het vierde lid de reserve niet aan de winst toegevoegd zolang de belastingplichtige blijft voldoen aan de voorwaarden die van toepassing waren totdat deze werden gewijzigd. In afwijking van het tweede lid vinden alsdan echter geen toevoegingen meer aan de reserve plaats.

7. De inspecteur beslist op het verzoek en past de voorwaarden aan bij voor bezwaar vatbare beschikking.

11.17 EINDOVERWEGING

Met de invoering van de concernfinancieringsregeling tracht de Nederlandse wetgever de in het buitenland uitgeoefende concernfinancieringsactiviteiten naar Nederland te halen, teneinde de ontwikkeling van de economie en werkgelegenheid te stimuleren. Dit instrumentele karakter van de regeling is mede debet aan de uitzonderlijke positie van de regeling binnen de Nederlandse belastingstructuur. Met name de forfaitaire reserveringsmogelijkheid en de mogelijkheid de risicoreserve laag belast of zelfs onbelast te laten afnemen, vormen een inbreuk op de systematiek van de Nederlandse belastingwetgeving.

Gezien voornoemde economische doelstellingen wekt het geen verbazing dat de regeling in het buitenland enige weerstand oproept. Nederland tracht immers met de begunstigende concernfinancieringsregeling bepaalde financiële dienstverlenende activiteiten naar Nederland te lokken. In zijn algemeenheid bestaat de vrees dat dergelijke belastingconcurrentie leidt tot steeds verdergaande belastingerosie. Binnen diverse internationale verbanden, waaronder de EU en de OECD, zijn maatregelen genomen of aangekondigd tegen dergelijke concurrentieverstorende belastingregi-

mes. Op basis van het EG-Verdrag lijkt de concernfinancieringsregeling te kwalificeren als ongeoorloofde steunmaatregel. Is dit het geval, dan dient de Nederlandse staat de onrechtmatig verleende steun, te weten de als gevolg van de concernfinancieringsregeling gederfde belastingopbrengst, met rentecorrectie terug te vorderen. Daarnaast is de concernfinancieringsregeling in het Primarolo-rapport van 29 november 1999 en in het OECD-rapport van 26 juni 2000 'Progress in identifying and eliminating harmful tax practices' aangemerkt als potentieel schadelijke belastingmaatregel, welke in beginsel vóór begin 2003 ontmanteld zou moeten worden.

De huidige regeling kent een weinig congruent karakter en roept mede vanwege de onbelaste en laag belaste onttrekkingsmogelijkheid in het buitenland weerstand op. Indien aan voornoemde bezwaren wordt tegemoetgekomen door aanpassing van de concernfinancieringsregeling rijst uiteraard wel de vraag of een dergelijke aangepaste regeling, welke nog slechts gelegenheid biedt tot uitstel van vennootschapsbelastingheffing,⁸ enig bestaansrecht heeft. Een aangepaste concernfinancieringsregeling die haar internationale aantrekkingskracht heeft verloren, voldoet immers niet meer aan haar economische doelstelling. Teneinde de internationale concurrentiepositie van Nederland te behouden, zou overwogen kunnen worden het algemene vennootschapsbelastingtarief met enige procentpunten te verlagen, tot bijvoorbeeld een tarief van 25%. Door aanpassing van de concernfinancieringsregeling in combinatie met een algemene tariefsverlaging lijkt Nederland voldoende aantrekkingskracht te behouden op het internationale concernfinancieringskapitaal. Voorts zal een algemene tariefsverlaging het fiscaal vestigingsklimaat van Nederland in zijn algemeenheid verbeteren.

Blijft een dergelijke flankerende maatregel evenwel achterwege, dan zal een aangepaste concernfinancieringsregeling haar internationale aantrekkingskracht verliezen. In dat geval zou afschaffing van de regeling overwogen kunnen worden. Daarbij rijst de vraag op welke wijze de afschaffing moet worden vormgegeven. De wetgever heeft de mogelijkheid de bestaande regeling te beëindigen.⁹ Daar de inspecteur de voorwaarden in de beschikking tot vorming van een risicoreserve iedere tien jaar kan aanpassen, mag een CFA-lichaam bij een ongewijzigd feitencomplex erop vertrouwen dat het in ieder geval gedurende een periode van tien jaar gebruik kan maken van de concernfinancieringsregeling. Wordt de toepassing van de regeling binnen de tienjaarsperiode door een wet in formele zin terzijde gesteld, dan brengen het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel mijns inziens mee dat het CFA-lichaam op enigerlei wijze financieel wordt gecompenseerd. Meer voor de hand ligt evenwel een overgangsregeling waarbij de bestaande beschikkingen gedurende de tienjaarsperiode wordt gerespecteerd. De beschikking wordt na de tienjaarsperiode ingetrokken en

8. Zie § 11.16

9. Deze 'vrijwillige' afschaffing door de Nederlandse wetgever moet onderscheiden worden van de verplichte beëindiging ingevolge een verbodsbeschikking van de Europese Commissie. In laatstgenoemde situatie, welke is besproken in § 9.2.5, zal Nederland gehouden zijn het door het CFA-lichaam genoten voordeel terug te vorderen

het CFA-lichaam is gehouden de dan aanwezige risicoreserve aan de winst toe te voegen. De reeds verrichte onttrekkingen blijven ongemoeid. De wetgever kan overwegen de verplichte toevoeging aan de winst (al dan niet in jaarmoten) te belasten naar een tarief van 10%. Eventueel kan, analoog aan het bepaalde in art. 15b, negende lid, de mogelijkheid worden geboden de bestaande risicoreserve geleidelijk te beëindigen door na de tienjaarsperiode onbelaste en belaste onttrekkingen toe te staan. Uiteraard kunnen gedurende deze overgangsperiode geen dotaties aan de risicoreserve plaatsvinden. Het CFA-lichaam behoeft mijns inziens gedurende deze periode niet langer te voldoen aan de in art. 15b, eerste lid, en de door de inspecteur gestelde voorwaarden.

Summary

This study comprises a research on the background, the functioning and the acceptability of the Dutch tax-free reserve for specific risks. Under this special tax regime, which can be found in art. 15b of the Dutch Corporate income tax 1969 (CIT 1969) and entered into force on December 24, 1996, companies engaged in group financing activities (GFA-company) are entitled to set up a tax-free reserve to provide for risks which arise from the activities of an internationally operating business enterprise. The main objective of the risk reserve is to stimulate Dutch multinationals to relocate their foreign, generally low-taxed, group financing companies to the Netherlands. Foreign multinationals are also entitled to benefit from the special tax regime. A group company is defined as a company whose capital is controlled for at least one-third, directly or indirectly by the same person.

Chapter 2 deals with the companies which are qualified for the risk reserve. The tax regime is available to Dutch resident companies and permanent establishments of non-resident companies, which meet the following conditions:

- a the conditions of art. 15b, 1, CIT 1969
 - the company belongs to an international operating group,
 - the company carries out group financing activities exclusively from the Netherlands,
 - the company carries out financing activities on behalf of group companies that are resident, or have a permanent establishment, in at least four countries or at least two continents,
- b the conditions of art. 15b, 2, CIT 1969
 - the capital test,
 - the income test,
- c the (anti-abuse) conditions based on art. 15b, 8, CIT 1969, which are included in the tax ruling by the tax inspector,
- d the so-called substance requirement.

Chapter 2 discusses the conditions of art. 15b, 1, CIT 1969, and the so-called substance requirements. The Dutch Under-Secretary of Finance has stated that in order to set up a tax-free risk reserve a GFA-company should have sufficient substance within the Netherlands. This substance requirement can be divided into

three sub conditions. At first the GFA-company should be carrying out group financing activities on an *independent* basis. This means that, on the one hand, the GFA-company should not perform its financing activities completely or partially through a permanent establishment outside the Netherlands. On the other hand the group's world wide financing activities should be concentrated in the Netherlands. A group may only have financing activities outside the Netherlands, if this constitutes an activity that is separate and different from the Dutch financing operations. Furthermore it is required that the Dutch financing activities should be *real*. The GFA-company must be operated by qualified personnel and should have sufficient office facilities. The third sub condition states that the financing operations by the GFA-company should be *permanent*. As the substance requirements are not laid down by law, except for the condition that the GFA-company should not carry out the financing activities by a permanent establishment, these conditions are not legally stated by the Under-Secretary of Finance.

Chapter 3 concerns the legal conditions of art. 15b, 2, CIT 1969 (capital and income test) and the anti-abuse conditions by the tax authorities. To set up a risk reserve the GFA-company must meet the so-called capital test and income test. According to the capital test the proportion of the GFA-company's equity and debt capital that is used for the direct or indirect financing of Dutch group companies may not exceed the lower of

- a. the ratio of the fair market value of the group's assets in the Netherlands to its total world wide assets, and
- b. percent

If the financing exceeds this limit, the income derived from the excess is subject to the regular tax rate.

To qualify for the special tax regime the GFA-company should provide financing activities to group companies which are resident or have a permanent establishment in at least four countries or on two continents. According to the income test, at least 5 percent of the gross income of the GFA-company must be derived from each country, or at least 10 percent of the income must be derived from each continent. If the GFA-company carries out financing activities in more than four countries or more than two continents, the income derived from different countries or continents may be treated as income derived from one single country or continent on a year-to-year basis. If the GFA-company fails to meet this income test, the risk reserve cannot be increased during that year.

Apart from the legal capital and income test, the GFA-company must also meet the anti-abuse conditions found in art. 15b, 8, CIT 1969, which are included in the tax ruling imposed by the tax inspector. These conditions are meant to protect the Dutch tax base. The company may object to any of the special conditions imposed by turning to the same tax inspector. The decision by the tax inspector may be appealed.

to the Court of Appeals. The tax inspector's ruling will be valid for a period of ten years. After this period the ruling can be extended

Chapter 4 deals with the specific risks for which the reserve was formed. A fully taxable reduction of the tax reserve will occur if one of the following losses which is deductible in the Netherlands, takes place

- a. the GFA-company incurs a loss with respect to group financing activities (e.g. a depreciation of a loan made to a group company),
- b. the GFA-company or another (Dutch) group company incurs a loss with regard to a shareholding in a group company (e.g. a lost equity contribution),
- c. the GFA-company or another (Dutch) group company incurs a loss with respect to a loss in a permanent establishment

An amount of the risk reserve equal to such loss will be added to the taxable income of the GFA-company. The release of the risk reserve offsets the tax deductible loss as incurred by the GFA-company or another (Dutch) group company

In chapter 5 the contributions to the risk reserve are discussed. Contributions to the reserve will be possible for two types of income

- a. income from group financing activities carried out by the GFA-company, including the making of loans, the group licensing of tangible and intangible business assets, and the provision of certain financial services to group companies,
- b. income from short-term portfolio investments that are held by the GFA-company for the purpose of financing future acquisitions.

The taxable income of the GFA-company may be reduced annually by an amount of up to 80% of the net income (but not more than 80% of total taxable income) from group financing activities and portfolio investments (qualifying income) by way of the contribution of this amount to the tax risk reserve. Only 20% of the qualifying income is subject to the regular corporate income tax rate. Currency exchange gains realized in connection with the group financing activities may be fully contributed to the risk reserve. Annually the GFA-company is free to choose the percentage of qualifying income that the company wishes to contribute to the risk reserve. One reason for choosing a lower percentage (than 80%) may be for example the compensation of losses from foreign tax considerations. The amount of the risk reserve is not limited in absolute terms

In chapter 6 four different ways to reduce the risk reserve are discussed

- a. a taxable release at the regular tax rate with respect to the specific risks for which the reserve was formed (see chapter 4),
- b. a taxable release at a special tax rate of 10%,
- c. a taxable release at the regular tax rate in case of an obliged termination of the risk reserve,

d a tax free release if the GFA-company invests directly or indirectly in a Dutch or foreign company

ad b Upon request of the GFA-company the risk reserve can be added to taxable income in equal installments over a period of five years (20% each year) Each installment will be taxed at a rate of 10% During this period the GFA-company must continue to meet the conditions to set up a risk reserve (see chapter 2) During this period no additional amount may be contributed to the risk reserve

ad c The entire amount of the risk reserve will be added to taxable income of the GFA-company, and will be taxable at the regular rate, if

- the GFA-company ceases to earn taxable income in the Netherlands (e.g. the GFA-company is liquidated or becomes tax resident outside the Netherlands),
- the GFA-company no longer fulfills the legal conditions of art. 15b, 1, CIT 1969 or no longer satisfies the conditions imposed by the tax inspector

ad d The risk reserve may be reduced tax free in one of the following circumstances

- the GFA-company either (directly or indirectly) contributes capital to, or acquires a participation in a Dutch or foreign company The reserve may be reduced by an amount equal to 50% of the investment
- the GFA-company invests in a company engaged in activities that exceed the normal risks of such investments because of the nature of such activities (e.g. technical innovation) or location (e.g. extreme climate or political circumstances) The reserve may be reduced by an amount equal to 100% of the investment
- the GFA-company contributes capital to a group company to enable this company to meet legal liabilities The reserve may be reduced by an amount equal to 100% of the contribution

It is required that the investment represents a new investment in a subsidiary on a consolidated basis. An acquisition of shares already held by group companies will not qualify for a tax free reduction of the risk reserve. Acquired shares may not be disposed of by the group during a five-year-period, unless a bona fide business reason is demonstrated for the divestment.

Chapter 7 covers three issues which are connected to the special tax risk reserve. So the relation between the risk reserve and the tax regime of the fiscal consolidation is discussed.

In chapters 8 and 9 the place of the risk reserve in the national and international context respectively is discussed. The risk reserve differs from the general Dutch tax structure because of the following

- the artificial creation of a tax reserve which is not related to the underlying (real) risks,

- the infringement on the fiscal independence of the GFA-company and the other group companies,
- the tax free release and the release at a special tax rate of the risk reserve are unknown phenomena within the Dutch tax structure

Chapter 9 discusses also the relation between the risk reserve and the EC-Treaty. Art 87 of the EC-Treaty contains the rules concerning the granting of state aid. Art 87 states that five conditions need to be met for a measure to be considered (illegal) state aid. These are:

- an advantage, in any form whatsoever,
- from a state or through state resources,
- on behalf of a specific undertaking or the production of certain goods,
- which distorts or threatens to distort competition, and
- affects trade between EC member states

The main question is whether the risk reserve meets the specificity or selectivity criterion. Is the advantage of the risk reserve specific or selective in one way? If due to the legal conditions of art 15b CIT 1969 and the ruling conditions imposed by the tax inspector only a select group of undertakings can set up a risk reserve, this fiscal facility could be qualified by the European Commission as (illegal) state aid. Furthermore, chapter 9 briefly discusses the relation between the risk reserve and the Code of Conduct, the OECD report on harmful tax competition and the WTO-agreements.

Chapter 10 briefly deals with the special tax regimes in Belgium (Coordination Centre regime) and Ireland (International Financial and Service Centre regime).

Bijlagen

Tweede Kamer

Vergaderjaar 1995-1996, 24 696

Stuk A	Oorspronkelijke tekst van het Voorstel van Wet en van de Memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State en voorzover nadien gewijzigd
Stuk B	Advies Raad van State en Nader rapport
Stuk 1	Koninklijke boodschap, 23 april 1996
Stuk 2	Voorstel van Wet, 23 april 1996
Stuk 3	Memorie van toelichting, 23 april 1996; met als bijlage het Rapport werkgroep II d.d. 19 januari 1996 van de Werkgroep Fiscale Infrastructuur
Stuk 4	Verslag, 24 juni 1996
Stuk 5	Nota naar aanleiding van het verslag, 19 augustus 1996
Stuk 6	Nota van wijziging, 19 augustus 1996

Vergaderjaar 1996-1997, 24 696

Stuk 7	Nader verslag, 17 september 1996
Stuk 8	Nota naar aanleiding van het nader verslag, 24 september 1996
Stuk 9	Tweede nota van wijziging, 24 september 1996
Stuk 10	Amendement van het lid B.M. de Vries c.s., 10 oktober 1996
Stuk 11	Motie van het lid B.M. de Vries c.s., 10 oktober 1996
Mondelinge behandeling	10 oktober 1996
Aangenomen	15 oktober 1996

Eerste Kamer

Vergaderjaar 1996-1997, 24 696

Stuk 52	Gewijzigd voorstel van wet, 15 oktober 1996
Stuk 52A	Voorlopig verslag van de vaste commissie voor financiën, 20 november 1996
Stuk 52B	Memorie van antwoord, 22 november 1996
Stuk 52C	Verslag van de vaste commissie voor financiën, 6 december 1996
Stuk 52D	Nota naar aanleiding van het verslag, 9 december 1996
Mondelinge behandeling	10 en 11 december 1996
Aangenomen	11 december 1996
Staatsblad	23 december 1996, 651, Wet van 13 december 1996 tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 met het oog op het tegengaan van de uitholling van de belastinggrondslag en het versterken van de fiscale infrastructuur

De stukken B, 3, 5, 6, 8, 9, 52, 52B en 52D zijn ondertekend door de staatssecretaris van Financiën, W.A.F.G. Vermeend.

De stukken 4 en 7 zijn ondertekend door de voorzitter van de vaste commissie voor financiën van de Tweede Kamer, Ybema, en de griffier van de commissie, Van Overbeke.

De stukken 10 en 11 zijn ondertekend door B.M. de Vries, Witteveen-Hevinga, Ybema en Ten Hoopen.

De stukken 52A en 52C zijn ondertekend door de voorzitter van de vaste commissie voor financiën van de Eerste Kamer, Boorsma, en de griffier van de commissie, Hordijk.

Ministerie van Financiën

20 december 1996	Wijziging Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971, Ministeriële regeling, nr. WDB96/649; Stcrt. 248, V-N 1997, blz. 343-346
24 februari 1997	Instelling coördinatiegroep Concernfinancieringen, nr. DB97/393M
3 juni 1997	Kamervragen van B.M. de Vries en Voute-Droste aan de staatssecretaris van Financiën inzake de concernfinancieringsmaatschappijen, V-N 1997, blz. 3050-3051
21 augustus 1997	Antwoorden van de staatssecretaris van Financiën op vragen van de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal B.M. de Vries en Voute-Droste over de con-

- cernfinancieringsmaatschappijen, Persbericht Ministerie van Financien, nr. 97/133, V-N 1997, blz 3051-3054
- 4 september 1997 Kamervragen van B M. de Vries en Voute-Droste aan de staatssecretaris van Financien inzake de concernfinancieringsmaatschappijen, V-N 1997, blz 3852-3853
- 2 oktober 1997 Besluit van de staatssecretaris van Financien, Modelbeschikking, nr DB97/3951M, BNB 1997/381
- 6 oktober 1997 Antwoorden van de staatssecretaris van Financien op vragen van de leden van de Tweede Kamer der Staten-Generaal B M de Vries en Voute-Droste over de concernfinancieringsmaatschappijen, Persbericht Ministerie van Financien, nr 97/159, V-N 1997, blz 3853-3855
- 15 december 1997 Besluit van de staatssecretaris van Financien, Goedkeuring niet-verbondenheid voor de toepassing van art. 15b Wet Vpb 1969, nr DB97/4084M, BNB 1998/122
- 23 december 1997 Antwoorden van de staatssecretaris van Financien op vragen van het lid van de Tweede Kamer der Staten-Generaal Ybema over de Europese Gedragscode die de belastingconcurrentie tussen de EU-lidstaten moet tegengaan, Persbericht Ministerie van Financien, nr 97/203, V-N 1998, blz 216-217

1. Met betrekking tot een lichaam dat deel uitmaakt van een internationaal werkzaam concern en dat uitsluitend vanuit Nederland financieringsactiviteiten verricht ten behoeve van tot het concern behorende lichamen welke zijn gevestigd dan wel mede zijn gelegen in ten minste vier Mogendheden dan wel op twee continenten, wordt door de inspecteur op verzoek van de belastingplichtige onder door hem te stellen voorwaarden toegestaan dat een reserve wordt gevormd ter zake van risico's welke verband houden met die financieringsactiviteiten, met het houden van deelnemingen in de zin van artikel 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, door het concern alsmede met het drijven van ondernemingen door het concern met behulp van vaste inrichtingen buiten Nederland. Voor de toepassing van dit artikel wordt onder:

a. financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen verstaan financieringsactiviteiten welke strekken ter financiering van bedrijfsmiddelen en bedrijfsmatige activiteiten van tot het concern behorende lichamen, daaronder begrepen het financieren van deelnemingen in de zin van artikel 13, tweede lid, eerste volzin en derde lid, alsmede het ter beschikking stellen van het gebruik of het gebruiksrecht van bedrijfsmiddelen binnen het concern, andere dan financieringsactiviteiten buiten het concern alsmede beleggen;

b. concernfinancieringswinst verstaan.

1° de winst behaald met de financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen voor zover deze winst in Nederland belastbaar is, met uitzondering van de winst behaald met vermogen van het lichaam bestaande uit aandelen die bij ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam en met uitzondering van verliezen van het lichaam voor zover ter zake van deze verliezen een toevoeging uit de reserve aan de winst op de voet van het vierde lid plaatsvindt;

2° de positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid, welke onderdeel uitmaken van de in Nederland belastbare winst van andere tot het concern behorende lichamen en voor welk risico het lichaam zelf een bedrag uit de reserve aan de winst heeft toegevoegd, doch ten hoogste tot het laatstbedoelde bedrag;

c. concern verstaan de belastingplichtige te zamen met de met hem verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, waarbij voor de bepaling van het

belang als bedoeld in dat artikellid buiten aanmerking blijven aandelen die bij de ontbinding van het lichaam niet delen in de reserves van het lichaam.

2. Het eerste lid is slechts van toepassing indien aannemelijk is dat
 - a van het vermogen dat is aangewend voor de financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen voor zover daar concernfinancieringswinst mee wordt behaald, een niet groter gedeelte dan overeenkomt met de verhouding tussen de waarde in het economische verkeer van de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern en de waarde in het economische verkeer van alle bezittingen van het concern, direct of indirect betrekking heeft op financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen in Nederland, doch nooit meer dan een tiende gedeelte,
 - b de inkomsten van het lichaam die behoren tot de concernfinancieringswinst per Mogendheid ten minste 5% dan wel per continent ten minste 10% bedragen van de totale in Nederland belastbare inkomsten van het lichaam ter zake van financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen

Voor de toepassing van onderdeel b mag het lichaam één of meer groepen van lichamen vormen welke in verschillende mogendheden dan wel op verschillende continenten zijn gevestigd en waarvan de gezamenlijke inkomsten worden toegerekend aan één mogendheid of aan één continent

3 Het ten laste van de winst van een jaar aan de reserve toe te voegen bedrag beloopt ten hoogste 80% van de in dat jaar behaalde concernfinancieringswinst alsmede van de opbrengsten van bij ministeriele regeling nader omschreven kort lopende beleggingen welke worden aangehouden ter financiering van acquisities die passend zijn bij de omvang en liggen in de lijn van de activiteiten van het concern. Het in de eerste volzin bedoelde percentage wordt verhoogd tot 100 voor positieve voordelen als gevolg van wijzigingen in valutaverhoudingen, alsmede voor zover de concernfinancieringswinst bestaat uit positieve voordelen die samenhangen met een risico als bedoeld in het eerste lid en voor welke risico een bedrag uit de reserve aan de winst is toegevoegd, doch ten hoogste voor het laatstbedoelde bedrag. Het aan de reserve toe te voegen bedrag bedraagt echter niet meer dan 80% van het belastbare bedrag dat door de belastingplichtige zou zijn genoten indien over dat jaar geen bedrag aan de reserve zou zijn toegevoegd, noch onttrekkingen ten laste van de reserve aan de winst zouden zijn toegevoegd. Over jaren bij het einde waarvan de in het tweede lid, aanhef en onderdeel a, bedoelde norm is overschreden, blijft voor de berekening van de dotatie aan de reserve van de concernfinancieringswinst buiten aanmerking dat gedeelte dat is toe te rekenen aan het vermogen dat direct of indirect is aangewend voor de financieringsactiviteiten die betrekking hebben op de tot het concern behorende lichamen in Nederland en als gevolg waarvan niet langer wordt voldaan aan de norm bedoeld in het tweede lid, aanhef en onderdeel a. Toevoegingen aan de reserve vinden niet plaats over jaren bij het einde waarvan niet wordt voldaan aan de voorwaarde van het tweede lid, aanhef, onderdeel b, juncto het eerste lid. Een toevoeging

aan de reserve ondergaat geen wijziging bij verrekening van verliezen uit volgende jaren

4 Uit de reserve wordt, voor zover mogelijk, aan de winst van een jaar toegevoegd een bedrag ter grootte van de in het jaar geleden verliezen ter zake van de in het eerste lid omschreven risico's voor zover die in Nederland ten laste van de winst komen. Het bepaalde in de vorige volzin is niet van toepassing op liquidatieverliezen bedoeld in artikel 13d en verliezen van ondernemingen gedreven met behulp van vaste inrichtingen buiten Nederland, die zich voordoen binnen vijf jaar nadat de belastingplichtige voor de eerste maal ten laste van de winst aan de reserve heeft toegevoegd waarbij het ook binnen het concern voor de eerste maal is dat de reserve wordt gevormd en die betrekking hebben op voor die periode reeds gehouden deelnemingen onderscheidenlijk voor die periode reeds gedreven ondernemingen met behulp van vaste inrichtingen buiten Nederland, het vorenstaande geldt niet voor zover het liquidatieverlies betrekking heeft op een toename van het opgeofferd bedrag in de hiervoor bedoelde periode van vijf jaar

5 Zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt kan ten laste van de reserve worden gebracht 50% van het bedrag van een directe of indirecte kapitaalstorting of verwerving van aandelen in een lichaam voor zover het belang bij deze deelneming hier te lande gevestigde tot het concern behorende lichamen aangaat en de kapitaalstorting of verwerving is gefinancierd uit het vermogen van de belastingplichtige dat betrekking heeft op de financieringsactiviteiten, onder gelijktijdige afboeking met een zelfde bedrag van het opgeofferde bedrag bedoeld in artikel 13d voor de desbetreffende deelneming. Het in de vorige volzin bedoelde percentage van 50 wordt vervangen door 100, indien het betreft

- a een kapitaalstorting welke samenhangt met een aansprakelijkstelling van het concern of een daartoe behorend lichaam en het lichaam op wie de aansprakelijkheid rust deze niet zelf kan dragen,
- b een kapitaalstorting of een verwerving van aandelen in een lichaam aan wier activiteiten dan wel de geografische ligging daarvan naar het oordeel van Onze Minister bijzondere risico's zijn verbonden, een en ander mits is zeker gesteld dat in geval van buitenlandse activiteiten de voor de toepassing van deze bepaling benodigde inlichtingen kunnen worden verkregen

6 Op verzoek van de belastingplichtige kan de reserve in gelijke delen aan de winst van een jaar en de daarop volgende vier jaren worden toegevoegd. In die jaren vinden geen toevoegingen aan de reserve meer plaats. Ingeval zich in deze jaren een situatie voordoet als bedoeld in het vierde of vijfde lid, vinden afboekingen van de reserve overeenkomstig die leden plaats en wordt het eventuele bedrag van de reserve na die afboekingen in gelijke delen toegevoegd aan de winst van de resterende jaren. De belasting over de toevoeging aan de winst ingevolge dit lid bedraagt in afwijking van artikel 22, 10% van de toevoeging, of als dat lager is het belastbare

bedrag, mits de belastingplichtige in het desbetreffende jaar voldoet aan de in het eerste lid en de door de inspecteur gestelde voorwaarden

7 Bij het begin van het jaar waarin het lichaam ophoudt in Nederland belastbare winst te genieten, dan wel waarin het lichaam niet langer voldoet aan de voorwaarden van het eerste lid of de door de inspecteur gestelde voorwaarden, wordt de reserve aan de winst toegevoegd. In zoverre al in de voorgaande vier jaren op de voet van het zesde lid toevoegingen aan de winst hebben plaatsgevonden, wordt de belasting verhoogd met een bedrag gelijk aan 25% van die toevoegingen

8 De in het eerste lid bedoelde voorwaarden, welke iedere 10 jaar aan feiten en omstandigheden kunnen worden aangepast, strekken tot het zeker stellen

- a van de heffing van belastingen overeenkomstig doel en strekking van dit artikel alsmede van de invordering van belastingen,
- b dat indien verliezen waarvoor de reserve wordt gevormd bij een ander lichaam in Nederland in aanmerking worden genomen een bedrag ter grootte van deze verliezen ten laste van de reserve aan de winst wordt toegevoegd,
- c dat eigen vermogen van het lichaam niet direct of indirect is gefinancierd uit geldleningen aangegaan door in Nederland gevestigde tot het concern behorende lichamen en waarvan de rente bij het bepalen van de winst in aftrek komt,
- d dat het gebruik van deze regeling direct of indirect er niet toe leidt dat de grondslag voor de heffing van belastingen naar de winst of het inkomen in enigszins belangrijke mate wordt aangetast,
- e dat vanwege andere Mogendheden geheven belastingen over de inkomsten uit de financieringsactiviteiten door de toepassing van dit artikel niet in volgende jaren in aanmerking worden genomen

Bij de toepassing van onderdeel e wordt op verzoek van de belastingplichtige de vanwege andere Mogendheden geheven belastingen over de inkomsten uit de financieringsactiviteiten in het jaar waarin deze worden genoten gezamenlijk in aanmerking genomen

9 In geval de belastingplichtige niet voldoet aan de door de inspecteur gewijzigde voorwaarden wordt in afwijking van het zevende lid de reserve niet aan de winst toegevoegd zolang de belastingplichtige blijft voldoen aan de voorwaarden die van toepassing waren totdat deze werden gewijzigd. In afwijking van het derde lid vinden alsdan echter geen toevoegingen meer aan de reserve plaats

10 De inspecteur beslist op het verzoek en past de voorwaarden aan bij voor bezwaar vatbare beschikking

III Artikel 2A en 2B Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971

Art. 2a Uitvoeringsbeschikking

1 Voor de toepassing van artikel 13, tweede lid, laatste volzin, van de wet worden de werkzaamheden van een lichaam als daar bedoeld aangemerkt als actieve financieringswerkzaamheden indien aan de volgende voorwaarden is voldaan

- a het lichaam houdt zich anders dan incidenteel bezig met het arrangeren en uitvoeren van financiële transacties ten behoeve van tot het concern behorende lichamen,
- b het feitelijk van derden aangetrokken vreemd vermogen bedraagt ten minste 20% van de waarde in het economische verkeer van de activa van het lichaam,
- c het lichaam voert niet langer dan 12 maanden achtereen het beheer over overtoollige liquiditeiten die meer belopen dan 10% van het gestorte kapitaal van het lichaam, waarbij de overnamekas buiten beschouwing blijft,
- d het lichaam is in zijn bestuur en de dagelijkse bedrijfsvoering, waarbij de normale bemoeienis met de bedrijfsvoering door de aandeelhouder of de concernleiding buiten beschouwing blijft, zelfstandig,
- e het aantal personen in dienstbetrekking tot het lichaam, hun bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn in overeenstemming met de aard en functie van het lichaam en het lichaam beschikt over een eigen kantoor dat is voorzien van in de financiële sector gebruikelijke faciliteiten, en
- f het lichaam verricht de voor deze regeling relevante transacties via eigen bankrekeningen

2 Indien het lichaam niet voldoet aan de in het eerste lid, onder b, opgenomen voorwaarde wordt het lichaam geacht aan deze voorwaarde te voldoen indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de behoefte van de tot het concern behorende lichamen waarvoor het lichaam financieringswerkzaamheden verricht, aan feitelijk van derden aangetrokken vreemd vermogen minder is dan 20% van de waarde in het economische verkeer van de activa van het lichaam alsmede dat voornoemde tot het concern behorende lichamen, behoudens vanwege specifieke zakelijke redenen, zelf geen vreemd vermogen feitelijk van derden hebben aangetrokken. Specifieke zakelijke redenen als bedoeld in de vorige volzin doen zich voor, voor zover

- a het lichaam en een ander tot het concern behorend lichaam in verschillende landen zijn gevestigd en de valuta van het vestigingsland van het andere concernlichaam aan dusdanig grote koersschommelingen onderhevig is dat het voor dat andere concernlichaam niet wenselijk was om feitelijk vreemd vermogen van derden aan te trekken in een andere valuta dan die van zijn vestigingsland,
- b het andere concernlichaam kortlopende kredieten heeft verkregen van zijn leveranciers, of
- c door het andere concernlichaam ter financiering van onroerende zaken hypothecaire leningen zijn aangegaan in het land waar deze zaken zijn gelegen

3 Onder overnamekas als bedoeld in het eerste lid, onderdeel c, wordt verstaan kortlopende beleggingen waarvan de belastingplichtige aan de hand van geobjectiverde intenties aannemelijk maakt dat deze door het lichaam worden aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen die passen bij de omvang en liggen in de lijn van het concern. Het bedrag van die beleggingen dient te passen bij de omvang van het concern. Aan deze laatste voorwaarde is in ieder geval voldaan indien die beleggingen niet meer bedragen dan de laagste van de volgende waarden

- a 25% van de beurswaarde of marktwaarde van het concern dan wel, als het concern één of meer andere lichamen heeft waarin financieringsactiviteiten worden verricht, het deel van die 25% dat overeenkomt met de verhouding tussen het eigen vermogen van het lichaam en het gezamenlijke eigen vermogen van alle lichamen waarin financieringsactiviteiten worden verricht, of
- b 100% van het bedrag van de uitstaande leningen en van de waarde in het economische verkeer van de deelnemingen buiten Nederland van het lichaam alsmede voor de deelnemingen binnen Nederland van het lichaam een bedrag dat niet groter is dan 1/9 deel van de waarde in het economische verkeer van de deelnemingen buiten Nederland, één en ander onder aftrek van de schulden van het lichaam die verband houden met de hiervoor bedoelde leningen en deelnemingen

4 Voor de toepassing van het derde lid, onderdeel b, wordt als deelneming buiten Nederland mede aangemerkt een deelneming binnen Nederland voor zover de waarde daarvan is toe te rekenen aan niet in Nederland aanwezige bezittingen en wordt als deelneming binnen Nederland mede aangemerkt een deelneming buiten Nederland voorzover de waarde daarvan is toe te rekenen aan in Nederland aanwezige bezittingen

5 Voor de toepassing van dit artikel wordt als concern aangemerkt de belastingplichtige tezamen met de met hem verbonden lichamen als bedoeld in artikel 10a, vierde lid, van de wet

Art. 2b Uitvoeringsbeschikking

Voor de toepassing van artikel 15b, derde lid, van de wet wordt onder kortlopende beleggingen welke worden aangehouden ter financiering van acquisities die passend zijn bij de omvang en liggen in de lijn van het concern, verstaan een overnamekas als bedoeld in artikel 2a, derde en vierde lid, waarbij concern wordt opgevat in de zin van artikel 15b, eerste lid, onderdeel c, van de wet.

IV Modelbeschikking

Belastingdienst/ < eenheid > Beschikking

Datum

Kenmerk

De Inspecteur van de Belastingdienst/ > , gelet op artikel 15b, tiende lid van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, gezien het verzoek en alle daarin vermelde feiten en omstandigheden van > namens > , < landelijk vast nummer > , te > (hierna te noemen: de belastingplichtige), van < datum > , om een reserve te mogen vormen als bedoeld in artikel 15b, eerste lid van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

BESLUIT:

Gelet op artikel 15b, eerste lid en achtste lid, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, het verzoek in te willigen met ingang van > tot en met > onder de volgende voorwaarden:

I Definities

In deze beschikking wordt verstaan onder:

- de Wet: de Wet op de vennootschapsbelasting 1969;
- belaste onttrekking: een afname van de reserve welke aan de winst van een jaar wordt toegevoegd in de zin van artikel 15b, vierde lid van de Wet;
- onbelaste onttrekking: een afname van de reserve zonder dat dit tot een toevoeging aan de winst leidt in de zin van art. 15b, vijfde lid van de Wet;
- financieringsactiviteiten: financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen als bedoeld in artikel 15b, eerste lid, onderdeel a van de Wet;

- CFA-lichaam de belastingplichtige dan wel, ingeval van een fiscale eenheid, het lichaam (de juridische entiteit) binnen de fiscale eenheid welke de financieringsactiviteiten verricht en welke de reserve in de zin van artikel 15b, eerste lid van de Wet mag vormen,
- concern concern als bedoeld in artikel 15b, eerste lid, onderdeel c van de Wet,
- concernfinancieringswinst concernfinancieringswinst als bedoeld in artikel 15b, eerste lid, onderdeel b van de Wet,
- opgeofferd bedrag het opgeofferd bedrag zoals bedoeld in artikel 13d van de Wet,
- verbonden lichaam een verbonden lichaam in de zin van artikel 10a, vierde lid van de Wet,
- overname kas de door het CFA-lichaam met het oog op de verwerving van deelnemingen aan te houden kortlopende beleggingen, als zijn bedoeld in artikel 15b, derde lid van de Wet

II Feiten en omstandigheden

I Belastingplichtige dient relevante wijzigingen in het feitencomplex zoals dat is neergelegd in het verzoek om de reserve te mogen vormen zo spoedig mogelijk, doch binnen 6 maanden nadat de wijziging heeft plaatsgevonden, aan de inspecteur te melden. Onder een relevante wijziging van het feitencomplex wordt verstaan een wijziging van de feiten die zodanig is, dat voorzover deze feiten bekend zouden zijn geweest op het moment van het afgeven of aanvullen van de beschikking, de (aanvulling op de) beschikking niet onder de gestelde voorwaarden zou zijn afgegeven.

Indien belastingplichtige nalaat relevante wijzigingen in het feitencomplex te melden, voldoet belastingplichtige niet langer aan de voorwaarden bij deze beschikking gesteld en is artikel 15b, zevende lid van de Wet van toepassing. Indien een wijziging in de feiten en omstandigheden door belastingplichtige wordt aangemeld, dan beslist de inspecteur afhankelijk van de aard van de wijzigingen

- a dat de voorwaarden van deze beschikking niet behoeven te worden gewijzigd, of
- b dat een of meer aanvullende voorwaarden bij deze beschikking worden gesteld, de oorspronkelijke termijn van 10 jaar blijft dan in stand, of
- c dat een nieuwe beschikking wordt afgegeven, dan wel
- d dat artikel 15b van de Wet niet meer van toepassing is, zodat de reserve aan de winst dient te worden toegevoegd

Indien de inspecteur in de zin van letter a, b of c beslist, is artikel 15b, zevende lid van de Wet niet van toepassing

2 Onverminderd de aangifteplicht van belastingplichtige, dient belastingplichtige, indien deze naast de voor artikel 15b van de Wet kwalificerende activiteiten nog andere activiteiten verricht, jaarlijks en separate balans en verlies- en winstrekening te overleggen met betrekking tot de financieringsactiviteiten. In aanvulling op de aangifte kan worden verzocht, binnen een door de inspecteur te stellen redelijke termijn, inzicht te verschaffen in

- de omvang van het vermogen dat is aangewend voor de financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen voorzover daar concernfinancieringswinst mee wordt behaald en de omvang van het vermogen dat direct of indirect betrekking heeft op financieringsactiviteiten ten behoeve van tot het concern behorende lichamen in Nederland,
- de verhouding tussen de waarde in het economische verkeer van de in Nederland aanwezige bezittingen van het concern en de waarde in het economische verkeer van alle bezittingen van het concern,
- de inkomsten die tot de concernfinancieringswinst behoren uitgesplitst per Mogendheid of continent,
- de geobjectiveerde intenties aan de hand waarvan de belastingplichtige aannemelijk maakt dat de kortlopende beleggingen (overnamekas) worden aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen die passen bij de omvang en liggen in de lijn van het concern,
- de aard en omvang van de kortlopende beleggingen die worden aangehouden met het oog op de verwerving van deelnemingen die passen bij de omvang en liggen in de lijn van het concern,
- de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van het CFA-lichaam ten aanzien van de financieringsactiviteiten ten behoeve van het concern,
- de volledige structuur van het concern,
- de middelen waaruit de belasting die de belastingplichtige in het volgend jaar verschuldigd kan worden over de reserve op grond van artikel 15b, zevende lid van de Wet kan worden voldaan,
- het antwoord op de vraag in hoeverre de financieringsactiviteiten hebben geleid tot kredietverlening buiten het concern dan wel tot beleggen

- 3 Belastingplichtige geeft, indien van toepassing, in de aangifte over het jaar aan welke groepering op grond van art 15b, tweede lid van de Wet voor dat jaar geldt
- 4 Een afschrift van het verzoek (en de eventuele daarbij behorende correspondentie) is als bijlage bij deze beschikking gevoegd

III Bedrijfsmiddelen

- 1 Het ter beschikking stellen van (im)materiele activa binnen het concern kan kwalificeren als financieringsactiviteit, mits de activa zijn aan te merken als een bedrijfsmiddel
- 2 Indien belastingplichtige een dergelijk bedrijfsmiddel toevoegt aan het vermogen dat wordt aangewend voor financieringsactiviteiten, wordt het bedrijfsmiddel ten tijde van die toevoeging te boek gesteld voor de waarde in het economisch verkeer. Wordt een dergelijk bedrijfsmiddel verbeterd dan wel verder ontwikkeld, dan behoren de daarop betrekking hebbende activiteiten niet tot de financieringsactiviteiten
- 3 De bepaling van de waarde in het economisch verkeer van een (im)materieel bedrijfsmiddel en de beoordeling van het arm's length karakter van de transactie geschieden aan de hand van de OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen voor multinationale ondernemingen en belastingdiensten
- 4 Indien belastingplichtige een zelf ontwikkeld immaterieel bedrijfsmiddel toevoegt aan het vermogen dat wordt aangewend voor de financieringsactiviteiten wordt op verzoek van de belastingplichtige in de aangifte van het jaar waarin dit bedrijfsmiddel is toegevoegd, het verschil tussen de waarde in het economisch verkeer en de boekwaarde van het bedrijfsmiddel niet aan de winst toegevoegd, maar in plaats daarvan jaarlijks aan de winst toegevoegd het verschil tussen de afschrijvingen op basis van de waarde in het economisch verkeer, en de afschrijvingen zoals deze zouden hebben belopen ingeval was voortgegaan met afschrijving op de oude basis. Op verzoek geldt dit eveneens voor van derden geacquireerde immateriele activa, mits het concern deze activa meer dan vijf jaar in haar bezit heeft

IV Beleggingen met het oog op de verwerving van deelnemingen

De door het CFA-lichaam met het oog op de verwerving van deelnemingen aan te houden kortlopende beleggingen, als zijn bedoeld in artikel 15b, derde lid van de Wet dienen te bestaan uit liquiditeiten, obligaties en soortgelijke waardepapieren die op korte termijn liquide zijn te maken of beleggingen met een looptijd korter dan één

jaar en dienen volledig met eigen vermogen te zijn gefinancierd. Voor de toepassing van artikel 2b juncto artikel 2a, derde lid, onderdeel b, Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971 mogen voor de bepaling van de waarde in het economisch verkeer van de deelnemingen als is bedoeld in artikel 2a, derde lid, aanhef en onderdeel b, van de Uitvoeringsbeschikking vennootschapsbelasting 1971, mede in aanmerking worden genomen de deelnemingen buiten Nederland die worden gehouden door < naam dochter > en die is opgegaan in belastingplichtige, mits < naam dochter > geen andere activiteiten heeft dan het houden van deelnemingen en het gebruik van de tussenhoudster overwegend is ingegeven door niet-fiscale motieven (operationele of organisatorische redenen)

V Doel en strekking van de regeling, alsmede invordering

- 1 Indien het CFA-lichaam deel uit maakt van een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 van de Wet, leidt dit niet tot een grotere omvang van de overnamekas dan in het geval het CFA-lichaam niet deel uit maakt van een fiscale eenheid in de zin van artikel 15 van de Wet.
2. Indien de belastingplichtige een fiscale eenheid vormt in de zin van artikel 15 van de Wet en geen van de maatschappijen, die deel uitmaken van de fiscale eenheid, op zichzelf kwalificeert als CFA-lichaam, dan kan artikel 15b van de Wet desalniettemin toepassing vinden ten aanzien van het lichaam dat binnen een kenbare organisatorische en juridische structuur de leidende rol vervult met betrekking tot de concernfinancieringsactiviteiten, mits het geheel van die activiteiten kwalificeert voor de toepassing van artikel 15b van de Wet. Winst behaald in Nederland met financieringsactiviteiten verricht door andere lichamen die deel uitmaken van de fiscale eenheid, wordt als concernfinancieringswinst aangemerkt voorzover de aandelen in die lichamen direct of indirect worden gehouden door het CFA-lichaam
3. Indien een ander lichaam dat deel uitmaakt van het concern eveneens financieringsactiviteiten verricht, zodanig dat een deelneming in dit lichaam niet als een belegging in de zin van artikel 13, tweede lid, laatste volzin van de Wet is aan te merken, dan worden voor de bepaling van de hoogte van de overnamekas slechts de deelnemingen in aanmerking genomen die niet mede vanuit dit andere lichaam worden gefinancierd of gehouden
- 4 De jaarlijks dotatie dient te worden bepaald voordat de belaste en onbelaste onttrekkingen in het desbetreffende jaar in aanmerking worden genomen. Een toevoeging aan de reserve gaat vooraf aan de onttrekkingen. De dotatie aan de risico-reserve wordt per jaar vastgesteld en niet naar gelang de inkomsten opkomen. Belaste en onbelaste onttrekkingen aan de reserve geschieden in chronologische volgorde

- 5 Indien een deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de reserve zijn onttrokken, wordt opgenomen in een fiscale eenheid, dan wel betrokken raakt bij een bedrijfsfusie, een juridische fusie of een juridische splitsing, dient dit te worden gemeld bij de inspecteur. De inspecteur kan nadere voorwaarden stellen ter bepaling van het opgeofferd bedrag.
- 6 Indien een deelneming ter zake waarvan onbelast bedragen aan de reserve zijn onttrokken, wordt opgenomen in een fiscale eenheid en binnen vijf jaar na deze voeging wordt ontvoegd wordt het opgeofferd bedrag voor die deelneming, zoals dat ingevolge de voor die fiscale eenheid gestelde voorwaarden moet worden berekend, verminderd met alle onbelaste onttrekkingen, die ter zake van die deelneming hebben plaatsgevonden.
- 7 Voor een onbelaste onttrekking dient de verwerving van een deelneming of de kapitaalstorting te leiden tot een uitbreiding of verbetering van de operationele activiteiten van het concern, dan wel tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen. Onder een uitbreiding van de operationele activiteiten wordt mede begrepen de omzetting van een lening in kapitaal binnen drie jaar nadat deze is verstrekt, voorzover die lening is verstrekt ten behoeve van de uitbreiding van de operationele activiteiten, dan wel tot vervangingsinvesteringen in bedrijfsmiddelen.
- 8 Indien het CFA-lichaam niet zelf een deelneming verwerft of een kapitaalstorting verricht, maar een in Nederland gevestigd tot het concern behorend lichaam, kan deze verwerving of kapitaalstorting desalniettemin leiden tot een onbelaste onttrekking voorzover het daarmee gemoeide bedrag door middel van een dividenduitkering dan wel kapitaalstorting door het CFA-lichaam uit haar financieringsvermogen aan het verwervende lichaam of aan het lichaam dat de kwalificerende kapitaalstorting verricht ter beschikking wordt gesteld. Indien een lichaam (een tussenhoudster) dat is opgenomen in een fiscale eenheid geen andere activiteiten heeft dan het houden van deelnemingen en het gebruik van de tussenhoudster overwegend is ingegeven door niet-fiscale motieven (operationele of organisatorische redenen), kan de financiering van de tussenhoudster geschieden met een lening aan de tussenhoudster in plaats van een kapitaalstorting. Indien de tussenhoudster deze lening aanwendt voor de verwerving van een deelneming of voor een kapitaalstorting, is een onbelaste onttrekking toegestaan, voorzover aan voorwaarde V, onderdeel zeven is voldaan.
- 9 Indien het CFA-lichaam kapitaal stort in een verbonden lichaam en dit verbonden lichaam de gelden direct als kapitaal stort in een ander verbonden lichaam dat met de gelden een deelneming verwerft, kan vanwege eerstgenoemde storting eveneens een onbelaste onttrekking in aanmerking worden genomen. Een dergelijke onbelaste onttrekking is ook mogelijk indien dat andere verbonden lichaam de verkregen gelden weer doorstoot als kapitaal in een ander verbonden lichaam,

etc. Het dient hierbij uitsluitend te gaan om opeenvolgende kapitaalstortingen, leningen zijn niet toegestaan. De belastingplichtige dient evenwel aannemelijk te maken dat de kapitaalstorting uiteindelijk voldoet aan voorwaarde V, onderdeel zeven.

- 10 Indien een onbelaste onttrekking heeft plaatsgevonden terzake van een verwerving van een deelneming en deze deelneming wordt binnen een periode van vijf jaar vervreemd, dan wordt in het jaar van de vervreemding een bedrag ter grootte van de onbelaste onttrekking met betrekking tot die verwerving aan de reserve toegevoegd. Wordt de deelneming echter binnen 12 maanden na de verwerving vervreemd, dan wordt in het jaar van de verwerving een bedrag ter grootte van de onbelaste onttrekking met betrekking tot die verwerving aan de reserve toegevoegd. Een gedeeltelijke vervreemding leidt tot een – evenredige – toevoeging aan de reserve. Toevoeging blijft achterwege voorzover belastingplichtige aannemelijk maakt dat de vervreemding overwegend was ingegeven door motieven die voortvloeien uit de bedrijfsvoering.
- 11 Onder de in artikel 15b, eerste lid van de Wet genoemde aandelen die niet delen in de reserves van het lichaam worden ook begrepen aandelen die weliswaar delen in de genoemde reserves, maar waarbij de normale risico's die behoren bij het bezit van aandelen op enigerlei wijze zijn afgedekt.
- 12 Indien de middelen waarover belastingplichtige beschikt ontoereikend zijn om de nominale belastingclaim over de risico-reserve te voldoen, wordt door belastingplichtige of een ander tot het concern behorend lichaam zekerheid gesteld bij de Ontvanger.
- 13 Indien de belastingplichtige het verzoek tot vrijwillige opheffing bij haar, tijdig ingediende, aangifte voegt, wordt de reserve reeds voor één vijfde gedeelte aan de winst toegevoegd in het boekjaar waarop de aangifte betrekking heeft.

VI Verliezen

- 1 Indien liquidatieverliezen, afwaarderingsverliezen op grond van artikel 13ca van de Wet, dan wel verliezen behaald met het drijven van ondernemingen met behulp van vaste inrichtingen, bij een ander lichaam dan het CFA-lichaam in Nederland in aanmerking worden genomen, dient een bedrag ter grootte van deze verliezen belast aan de risico-reserve van het CFA-lichaam te worden onttrokken. Op verzoek van de belastingplichtige blijft de belaste onttrekking aan de risico-reserve achterwege voorzover het concern afziet van het in aanmerking nemen van het verlies bij dat andere lichaam. Uiterlijk bij de indiening van de aangifte over het eerste jaar waarin een belaste onttrekking dient plaats te vinden, geeft belastingplichtige aan of het concern kiest voor het niet in aanmerking nemen van die ver-

liezen bij een ander lichaam dan het CFA-lichaam. De belastingplichtige dient een bestendige gedragslijn te volgen. De belastingplichtige is hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelasting verschuldigd door die andere lichamen voorzover die voortvloeit uit het verzoek van de belastingplichtige.

- 2 Ter zake van een liquidatieverlies wordt uiterlijk direct na afloop van de normale termijn van vereffening in het land van vestiging belast aan de reserve onttrokken, tenzij belastingplichtige aannemelijk maakt dat er gegronde (niet-fiscale) redenen waren, waardoor de vereffening niet eerder kon worden afgerond. Slaagt belastingplichtige er niet in dit aannemelijk te maken, dan wordt het liquidatieverlies voorzover het niet belast aan de reserve kan worden onttrokken, verrekend met toevoegingen aan de reserve gedurende vijf jaar na het nemen van het liquidatieverlies.
- 3 De in artikel 15b, vierde lid, tweede volzin van de Wet genoemde termijn van vijf jaar start bij de aanvang van het eerste boekjaar waarin een risico-reserve kan worden gevormd. Onder jaren worden in dit verband boekjaren verstaan.
- 4 Wanneer een vaste inrichtingsverlies wordt geleden en ten laste van de in Nederland belastbare winst wordt gebracht bij een ander lichaam dan het CFA-lichaam, moet een gelijk bedrag belast aan de reserve worden onttrokken. Vindt daarna omzetting plaats van de vaste inrichting in een deelneming dan blijft de deelnemingsvrijstelling buiten toepassing tot het bedrag van het geleden vaste inrichtingsverlies (artikel 13c van de Wet). De bedragen die vervolgens ingevolge artikel 13c van de Wet belast worden, kunnen bij het CFA-lichaam ten laste van de concernfinancieringswinst aan de reserve worden gedoteerd (artikel 15b, derde lid, tweede volzin). Het concern kan er echter ook voor kiezen, zowel deze dotatie als de winstneming ex artikel 13c van de Wet achterwege te laten. Deze keuze dient te worden uitgebracht bij de indiening van de aangifte waarin voor de eerste maal artikel 13c van de Wet toepassing vindt. Er dient sprake te zijn van een bestendige gedragslijn.

VII Eigen vermogen

De met het < CFA-lichaam > verbonden lichamen zullen hun operationele activiteiten in Nederland, behoudens bijzondere omstandigheden, niet in een andere verhouding van het vreemde tot het eigen vermogen gaan financieren dan < een nader te bepalen verhouding, die afhankelijk is van de omstandigheden van het onderhavige geval >.

VIII Aantasting grondslag

1. Het is de belastingplichtige niet toegestaan om door het gebruik van de regeling van artikel 15b van de Wet, de grondslag voor de heffing van belastingen naar de winst of het inkomen meer dan in enigszins belangrijke mate aan te tasten
2. In het buitenland gevestigde verbonden lichamen mogen de leningen die aan hen zijn verstrekt door het CFA-lichaam, niet in meer dan enigszins belangrijke mate direct of indirect aanwenden voor de financiering van bedrijfsmiddelen die ter beschikking worden gesteld aan, of voor de financiering van goederen en diensten die worden geleverd aan dan wel verricht voor verbonden lichamen, voorzover die aanwending leidt tot een verlaging van de in Nederland belastbare winst. Voorzover zulks toch geschiedt, worden deze leningen geacht te zijn verstrekt aan de tot het concern behorende lichamen in Nederland

IX Buitenlandse bronheffingen

1. De vanwege andere Mogendheden al dan niet aan de bron geheven belastingen over de inkomsten (hierna: rente- en royaltybaten) uit de financieringsactiviteiten worden met inachtneming van de van toepassing zijnde belastingverdragen of het Besluit voorkoming dubbele belasting 1989, voor verrekening in aanmerking genomen in het jaar waarin deze belastingen zijn geheven. Tevens is vereist dat de rente- en royaltybaten tot de in Nederland belastbare winst van het CFA-lichaam behoren. Hetgeen aldus niet kan worden verrekend, kan niet worden doorgeschoven naar volgende jaren
2. De noemer in de voorkomingsbreuk, in verband met de verrekening van buitenlandse bronheffingen, wordt gesteld op de belastbare winst (eventueel verminderd met de compensabele verliezen voorzover die uit negatieve winst bestaan) na dotatie aan de reserve en na belaste onttrekkingen aan de reserve.
3. Op verzoek van de belastingplichtige worden de bronheffingen in het jaar waarin de desbetreffende inkomsten worden genoten gezamenlijk in aanmerking genomen. Dit verzoek moet worden gedaan bij de aangifte over het jaar waarop het verzoek betrekking heeft. Deze keuze bindt maar voor één jaar.

X Specifieke uitwerking van meer algemeen gestelde voorwaarden afhankelijk van de omstandigheden van het geval

Dit is een voor bezwaar vatbare beschikking. Binnen zes weken na dagtekening van deze beschikking kunt u bij mij bezwaar maken tegen deze beschikking.

Belastingdienst/ <

Lijst van aangehaalde literatuur

- | | |
|--|--|
| Aardema, E. | Enkele kanttekeningen bij het kapitaalbegrip in enige belastingen (I), Weekblad 1986, blz. 817-830 |
| Aardema, E. | Annotatie bij HR 3 mei 1995, BNB 1995/334 |
| Aardema, E. | Taak en positie van de belastingrechter, Geppaartbundel, Kluwer Deventer, 1996 |
| Aardema, E. | Het baksteenarrest in de knop gebroken, Weekblad 1999, blz. 1727-1732 |
| Albert, P.G.H. | Vaste inrichting, Fiscale brochures, FED Deventer, 1994 |
| Alders, G.A.C. en M. de Rijke | Inzet fiscale stimuleringsregelingen te vanzelfsprekend, Weekblad 1999, blz. 945-949 |
| Amersfoort, P.J. van, L.A. de Blieck en J.W. Zwemmer | Richtige heffing, FED Deventer, 1982 |
| Arts, J.H.M. | Toevoegingen aan de financiële risicoreserve, MBB 2000, blz. 208-220 |
| Asser-Hartkamp | 4-III, Verbintenissenrecht, Tjeenk Willink Deventer, 1998 |
| Asser-Maeijer | 2-III, Vertgenwoordiging en rechtspersoon, Tjeenk Willink Zwolle, 1994 |
| Asser-Scholten | Algemeen deel, Tjeenk Willink Zwolle, 1974 |

- | | |
|---------------------------------------|---|
| Auerbach, X.G.R. | Vorm geven aan de vrijstellingsmethode, Weekblad 1991, blz. 973-980 |
| Bakker, J.R. en
P.M. Smit e.a. | De nieuwe regels in de vennootschapsbelasting, Kluwer Deventer, 1997, blz. 57-92 |
| Bartman S.M. en
A.F.M. Dorresteyn | Van het concern, Gouda Quint Deventer, 1997 |
| Beek, C.A. van der | De reserve assurantie eigen risico (I), Weekblad 1977, blz. 909-919 |
| Beek, W.M.M. van der | Enkele knelpunten in de toepassing van de vrijstelling van kapitaalsbelasting voor fusies en reorganisaties, Weekblad 1994, blz. 513-525 |
| Bellingwout, J.W. | Zetelverplaatsing van rechtspersonen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut, deel 54, Kluwer Deventer, 1996 |
| Bender, T. | De noemer van de verminderingsbreuk in het Besluit voorkoming dubbele belasting en in de Nederlandse belastingverdragen, Gielebundel, Kluwer Deventer, 1990 |
| Blokland, T. | Inzake belastinglatenties, Weekblad 1998, blz. 1143-1152 |
| Boekhoudt, A.H. | De eenzijdige regeling, Fiscale monografie nr. 31, Kluwer Deventer, 2000 |
| Boer, P. den | Boekbespreking, WPNR 1975, blz. 294-298 |
| Boer, P. den | Annotatie bij HR 8 november 1989, BNB 1990/36 |
| Bolkestein, F. | Taxation and competition: The realization of the internal market, European Taxation, 2000, blz. 401-406 |
| Bongaarts, P.J.M. en
P.H.J. Essers | Recente fiscale ontwikkelingen op het gebied van beleggingen, Weekblad 1990, blz. 673-686 |

- Bourgeois J.H.J.,
F. Berrod en
E.G.Fournier The Uruguay Round Results, European Interuniversity
Press Brussels, 1995
- Bouwman, J.N. Wegwijs in de vennootschapsbelasting, Koninklijke
Vermande Lelystad, 1998
- Bouwman, J.N. De nieuwe financiële risicoreserve in de Vennoot-
schapsbelasting, Forfaitair, april 1997, blz. 5-10
- Bruins Slot, W. De bank als houder van cumulatief preferent aande-
lenkapitaal, Weekblad 1996, blz. 1625-1636
- Brüll, D. Rondom het karakter van de reserve assurantie eigen
risico, Weekblad 1959, blz. 113-118
- Brüll, D. Objectieve en subjectieve aspecten van het fiscale
winstbegrip, FED Amsterdam, 1964
- Brüll, D., J.W. Zwemmer
en R.P.C. Cornelisse Goed koopmansgebruik, Fiscale brochures,
FED Deventer, 1999
- Burgers, I.J.J. Taxation and supervision of branches of international
banks, IBFD publications, 1991
- Burgers, I.J.J. National report for the IFA Congress 1996, Cahiers de
droit fiscal international, Vol. 81a, Kluwer Law Inter-
national 's-Gravenhage, 1996
- Buur, M.H.J. Schadelijke belastingconcurrentie in de Europese
Unie, Fiscaal Economisch Instituut Rotterdam, 2000
- Caanen, J.Ch. De reserve-assurantie eigen risico: handhaven of
afschaffen?, Weekblad 1996, blz. 503-513.
- Caanen, J.Ch. Recente ontwikkelingen met betrekking tot art. 20,
vijfde lid, Wet Vpb. 1969, Weekblad 1997, blz. 1476-
1484
- Capotorti, F. Conclusie bij HvJ EG 17 september 1980, zaak
730/79 (Philip Morris), Jurisprudentie 1980, 2671

- | | |
|--|--|
| Christiaanse, J.H. | Deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1962 |
| Cnossen, S. | Belastingharmonisatie in de Europese gemeenschap: nodig of gewenst?, Belastingbeschouwingen; opstellen aangeboden aan J.H. Christiaanse, Kluwer Deventer, 1989, blz. 267-289 |
| Daniels, A.H.M. | Concernfinanciering, TFO 1997, blz. 50-62 |
| Daniels, A.H.M. | Belastingconcurrentie en internationale fiscale coördinatie: Europese Unie versus OESO, Forfaitair, november 1998, blz. 6-9 |
| Dijck, J.E.A.M. van | Deregulering in het belastingrecht, Weekblad 1983, blz. 853-866 |
| Dijck, J.E.A.M. van | Belastingheffing van ondernemingen ongeacht de rechtsvorm, Belastingconsulentendag 1984, FED Deventer, 1984, blz. 13-35 |
| Dijck, J.E.A.M. van | Waarom art. 25a Wet IB 1964 niet van toepassing is op ex-warrant-obligaties, Weekblad 1990, blz. 893-900 |
| Dijck, J.E.A.M. van | De voorstellen van de Commissie-Stevens in de winstfeer, Weekblad 1991, blz. 1349-1357 |
| Dijck, J.E.A.M. van | De ex-warrantobligatie, Weekblad 1996, blz. 689-693 |
| Dijk, R.T.E. van | Compartimentering binnen de deelnemingsvrijstelling, MBB 1990, blz. 109-114 |
| Dijstelbloem, H.G.M. | Fiscale faciliteiten bij interne reorganisaties van naamloze en besloten vennootschappen, Fiscale monografie nr. 37, Kluwer Deventer, 1984 |
| Dijstelbloem, H.G.M. | Fiscale aspecten van letteraandelen, TFO 1999, blz. 1-23 |
| Dijstelbloem, H.G.M. en F.M.B.K. Hoenjet | Deelnemingsvrijstelling en belegging, Weekblad 1994, blz. 1008-1014 |

- | | |
|-------------------------------------|---|
| Dun, M van | Fiscale aspecten van aandelenvennootschappen met een dubbele vestigingsplaats, Fiscale monografie nr 81, Kluwer Deventer, 1997 |
| Engelen, F A | Belastingconcurrentie binnen de EU Over fiscale beleidsconcurrentie, fiscale marktdistorsies en fiscale staatssteun, MBB 1999, blz 19-31 |
| Essers, P H J | Fiscale voorraadwaardering, Fiscale brochures, FED Deventer, 1996 |
| Essers, P H J | Pleidooi voor een nieuw globaal evenwicht, Liberale Gifte, vriendenbundel Ferdinand Grapperhaus, Kluwer Deventer, 1999, blz 81-88 |
| European Communities, Commission | Conclusions and recommendations of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (Ruding-rapport), Office for Official Publications of the European Communities Luxembourg, 1992 |
| Europese Gemeenschappen, Commissie | GATS, Algemene overeenkomst betreffende de handel in diensten, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen Luxemburg, 1995 |
| Europese Gemeenschappen, Commissie | XXVIIIe verslag over het mededingingsbeleid 1998, SEC(1999) 743 def, Bureau voor officiële publicaties der Europese Gemeenschappen Luxemburg, 1999 |
| Faber, S E e a | Fiscale infrastructuur, Maastrichtse fiscale symposia 6, Gouda Quint Deventer, 1997, blz 37-48 |
| Faber, S E en
J A G van der Geld | Het wetsvoorstel tegen winstdrainage en ter versterking van de fiscale infrastructuur, Weekblad 1996, blz 749-775 |
| Faber, S E en
M V Lambooy | De modelbeschikking concernfinancieringsmaatschappijen lust of last?, Weekblad 1997, blz 1573-1584 |
| Flipsen, P H M | Wetsvoorstel continuering regime inzake voorzieningen Als ik geen gelijk krijg, zal ik mijn gelijk halen!, FED 1999/647, blz 2755-2763 |

- | | |
|----------------------|--|
| Geld, J.A.G. van der | Het wetsvoorstel ter reparatie van de deelnemingsvrijstelling, FED 1987/225, blz. 919-953 |
| Geld, J.A.G. van der | De herziene deelnemingsvrijstelling, Fiscale monografie nr. 20, Kluwer Deventer, 1990 |
| Geld, J.A.G. van der | Fiscale aspecten van financiële instrumenten, TFO 1993, blz. 169-209 |
| Geld, J.A.G. van der | Het voorontwerp evenwichtige behandeling van internationale fiscale verhoudingen, Weekblad 1993, blz. 1555-1567 |
| Geld, J.A.G. van der | Hoofdzaken vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1997 |
| Gennep, C.J.A.M. van | Het verbonden lichaam, MBB 1993, blz. 1-10 |
| Geppaart, Ch.P.A. | Fiscale rechtsvinding, FED Amsterdam, 1965 |
| Geppaart, Ch.P.A. | Fiscale rechtsvinding; Fiscale rechtsvinding als voorwerp van onderzoek, 'Op gezag van ...', Ars Aequi nr. 12, 1985, blz. 691-696 |
| Geppaart, Ch.P.A. | Vermogensbelasting, Fiscale Hand- en Studietoeken, Kluwer Deventer, 1995 |
| Goes, P.F. | Analyse en gevolgen van het Baksteenarrest, Weekblad 1998, blz. 1723-1736 |
| Gordon Slyn | Conclusie bij HvJ EG 27 september 1988, gevoegde zaken 106-120/87 (Asteris e.a.), Jurisprudentie 1988, 5515. |
| Gribnau, J.L.M. | Grenzen aan instrumentalisering, Weekblad 1997, blz. 807-818 |
| Gribnau, J.L.M. | Beleidsinstrument of recht? Het belastingrecht op een kruispunt, TFO 1999, blz. 129-146 |
| Grimbergen, J.N.P. | Omzetting van een vaste inrichting in een dochtervennootschap; de reikwijdte van art. 13c Wet Vpb. 1969, Weekblad 1991, blz. 215-224 |

- Grapperhaus, F.H.M. De besloten NV fiscaal vergeleken met de persoonlijke ondernemer en met de open NV, FED Amsterdam, 1966
- Haan, P.M. de,
R.G.M. Perik en
M.P. van Scheijndel Winstdrainage en concernfinanciering, Fiscale actualiteiten, FED Deventer, 1997
- Haberham, A.M. Fiscale aspecten van vreemd vermogen verstrekt door aandeelhouders, Fiscale monografie nr. 65, Kluwer Deventer, 1993
- Hafkenscheid, R.P.F.M.
en A.P.G.M. Hosman Commentaar op de OECD transfer pricing guidelines 1995, TFO 1995, blz. 205-220
- Hamaekers, H.M.A.L. De nieuwe OECD 'Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations', Forfaitair, nr. 57, 1995, blz. 2-7
- Hamaekers, H.M.A.L. Tackling harmful tax competition; a round table on the code of conduct, European Taxation, 2000, blz 398-400
- Happé, R.H. Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming, Fiscale monografie nr. 77, Kluwer Deventer, 1996
- Heijden, E.J.J. van der, en
W.C.L. van der Grinten Handboek voor de naamloze en de besloten vennootschap, Tjeenk Willink Zwolle, 1992
- Heithuis, E.J.W. Nogmaals het verbonden lichaam; een reactie, MBB 1993, blz. 170-180
- Heuvel, F.A.M. van den Het nut van een coördinatiecentrum in België, Weekblad 1991, blz. 185-194
- Hofstra, H.J. Financiering van aandelen met opgenomen gelden, NV, mei 1944, blz. 38-40
- Hofstra, H.J. Inleiding tot het Nederlands belastingrecht, Fiscale Hand- en Studietoeken, Kluwer Deventer, 1992
- Hofstra, H.J. en L.G.M.
Stevens Inkomstenbelasting, Fiscale Hand- en Studietoeken, Kluwer Deventer, 1998

- | | |
|----------------------|--|
| Hoogendoorn, J. | Lening en kapitaalverstrekking, Fiscale Miniaturen, FED Deventer, 1978, blz. 89-95 |
| Horzen, F. van | Verskil in wezen tussen lichaam en natuurlijk persoon, Verburgbundel, Kluwer Deventer, 1994, blz. 87-101 |
| Hosson, F.C. de | Het begrip 'gelieerde ondernemingen' in het nationale en internationale belastingrecht (II), Weekblad 1987, blz. 1453-1463 |
| Hosson, F.C. de | Bijzondere fiscale regimes en het communautaire recht, Weekblad 1996, blz. 1111-1136 |
| Ingh, F.J.P. van den | Men gaat deur hovaardy ver boven 't kappetael, Drie Nijmeegse redes, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut, deel 59, Kluwer Deventer, 1998 |
| IJzerman, R.L.H. | Het leerstuk van de wetsontduiking in het belastingrecht, Fiscale monografie nr. 54, Kluwer Deventer, 1991 |
| Jacobs, J.J.H. | Het bedrijfsmiddel; opstellen over ontwikkeling en functies van het begrip bedrijfsmiddel in Nederlandse belastingen naar de winst, Tjeenk Willink Groningen, 1974 |
| Juch, D. | De deelnemingsvrijstelling in de vennootschapsbelasting, FED Deventer, 1974 |
| Juch, D. | Misverstanden of meer principiële verschillen?, Weekblad 1988, blz. 774-778 |
| Juch, D. | Annotatie bij HR 29 augustus 1997, BNB 1998/3 |
| Juch, D. | De deelnemingsvrijstelling in de Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Fiscale brochures, FED Deventer, 1998 |
| Kampschöer, G.W.J.M. | Consolideren: meer dan een andere naam voor 'opgaan in'?, Weekblad 2000, blz. 77-85 |

- | | |
|---|---|
| Kapteyn, P.J.G. en
P. VerLoren van Themaat | Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen na Maastricht, Kluwer Deventer, 1995 |
| Kat, J.H. | De kosten-egalisatiereserve en de reserve assurantie eigen risico, Fiscale brochures, FED Deventer, 1976 |
| Kempen, M.L.M. van | Rechtspersoonlijkheid en belastingplicht van vennootschappen, Schoordijk Instituut Tilburg, 1999 |
| Klaver, J.A.M. en
A.J.M. Timmermans, | Beleidsconcurrentie of beleidscoördinatie bij de EU-belastingpolitiek, Weekblad 1999, blz. 506-513 |
| Kooijmans, J.P.M. | De Wet bevordering speur- en ontwikkelingswerk in relatie met art. 92-94 EG-Verdrag; toegestane steun of niet?, Weekblad 1994, blz. 1519-1528 |
| Lande, M.L.B. van der | Risicoreserve, Fiscale brochures, FED Deventer, 1997 |
| Langen, W.J. de | De grondbeginselen van het Nederlands belastingrecht, Samsom Alphen aan de Rijn, 1954 |
| Leenders, M.H. | De ontaarding van het fiscaal instrumentalisme, FED Deventer, 1999 |
| Lennarts, M.L. | Concernaansprakelijkheid, Kluwer Deventer, 1999 |
| Liebman, H.M. en
S. Leventhall | Moving towards tax coordination, European taxation maart 1998, blz. 96-99 |
| Luja, R.H.C. | Een gerechtvaardigd vertrouwen in belastingfaciliteiten?, Weekblad 1999, blz. 1045-1055 |
| Luja, R.H.C. | WTO Agreements versus the EC Fiscal Aid Regime: Impact on Direct Taxation, Intertax 1999/6-7, blz. 207-225 |
| Meeles, D.A.M. | De nevendoeleinden van de belastingheffing, Van Dijkbundel, FED Deventer, 1988, blz. 243-262 |
| Merks, P.F.E.M. | De kapitaalsbelasting, de staatssecretaris en de risicoreserve ex art. 15b Wet Vpb. 1969, Weekblad 1997, blz. 1084-1091 |

- | | |
|---|---|
| Meussen, G T K | Bedrijfswaarde, Fiscale monografie nr 83, Kluwer Deventer, 1997 |
| Mobach, H , L W Sillevius, N H de Vries, F H Lugt | Cursus Belastingrecht, Inkomstenbelasting, Gouda Quint Arnhem, losbladige editie |
| Mohr, A L | Vereenzelviging, beperkt speelveld voor een nieuwe tak van sport, WPNR 1996, blz 789-790 |
| Moltmaker, J K | Belastingen van rechtsverkeer, Fiscale monografie nr 25, Kluwer Deventer, 1997 |
| Nederlandse Orde van Belastingadviseurs | Commentaar van 24 mei 1996 aan de leden van de Vaste Commissie voor Financien van de Tweede Kamer der Staten-Generaal met betrekking tot wetsvoorstel nr 24 696, Weekblad 1996, blz 913-920 |
| Nederlandse Orde van Belastingadviseurs | Commentaar van 30 augustus 1996 aan de griffier van de Vaste Commissie voor Financien van de Tweede Kamer der Staten-Generaal met betrekking tot wetsvoorstel nr 24 696, Weekblad 1996, blz 1350-1352 |
| Nederlandse Orde van Belastingadviseurs | Commentaar van 12 november 1996 aan de griffier van de Vaste Commissie voor Financien van de Eerste Kamer der Staten-Generaal met betrekking tot wetsvoorstel nr 24 696, Weekblad 1996, blz 1778-1780 |
| Niekel, S F M | Het begrip 'belang' als criterium voor verbondenheid bij vennootschappen, Weekblad 1998, blz 557-565 |
| Niessen, R E C M | Over de legitimatie van belastingheffing, Geppaartbundel, Kluwer Deventer, 1996 |
| Niessen, R E C M | Instrumentalisme en belastingrecht, Weekblad 1997, blz 653-662 |
| OECD | The taxation of multinational banking enterprises, OECD, 1984 |
| OECD | Tax expenditures, A review of the issues and country practices, OECD, 1984 |

- | | |
|--|--|
| OECD | Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations, OECD, 1995 |
| OECD | Tax expenditures: Recent experiences, OECD, 1996 |
| OECD | Controlled Foreign Company legislation, OECD, 1996 |
| OECD | Harmful tax competition, an emerging global issue, OECD, 1998 |
| Osterweil, E | OECD Report on Harmful Tax Competition and European Union Code of Conduct Compared, European Taxation 1999, blz 198-202 |
| Pinto, C | (Harmful) tax competition within the European Union concept and overview of certain tax regimes in selected member states, Lof-congres bundel 1998, blz 72-116 |
| Pinto, C | EU and OECD to fight harmful tax competition Has the right path been undertaken?, Intertax 1998, blz 386-410 |
| Raad, C. van | Cursus Belastingrecht, Internationaal Belastingrecht, Gouda Quint Arnhem, losbladige editie |
| Raad voor de Jaarverslaggeving | Richtlijnen voor de jaarverslaggeving, Kluwer Deventer |
| Raaijmakers, J.H.P.M. | Aansprakelijkheid in belastingzaken, Fiscale monografie nr 73, Kluwer Deventer, 1999 |
| Radler, A J , M. Lausterer en J Blumenberg | Tax abuse and EC Law, EC Tax Review 1997/2, blz 86-101 |
| Rijkels, J.S. | Boekbespreking van 'De herziene deelnemingsvrijstelling' van J.A.G. van der Geld, FED 1991/294, blz. 951-955 |
| Rijkels, J.S. | Drie rapporten over belastingdruk op ondernemingen in de EU, Ondernemingsrecht 1999/13, blz 349-353 |

- Rijkers, A.C. De artikelen 12, 13, 14 en 15 van de Wet IB '64 kunnen vervallen, Van Dijkbundel, FED Deventer, 1988, blz. 321-340
- Rijks, K. Het instituut van de fiscale eenheid, Fiscale brochures, FED Deventer, 1996
- Roeloffs, L. Dubbele belastingheffing van dividenden, Fiscale monografie nr. 22, Kluwer Deventer, 1964
- Roelvink, H.L.J. Boekbespreking, WPNR 1996, blz. 111-114
- Rouwers, R.W.G. Buitenlandse belastingplicht; drie inkomstenbestanddelen in historisch perspectief, Koninklijke Vermande Lelystad, 1996
- Russo, R. Vervangingsreserve, Fiscale monografie nr. 62, Kluwer Deventer, 1993
- Russo, R. Het begrip vervanging: een overzicht en de toekomst, Weekblad 1999, blz. 1164-1170
- Schonis, H.M.N. Fiscale aspecten van de doorstart van ondernemingen, TVVS 1997, blz. 204-208
- Schonis, H.M.N. en J. Renes Wet investeringsrekening, Gouda Quint Arnhem, 1978
- Schoonbrood-Wessels, A.P., e.a. Aansprakelijkheid in concernverhoudingen, Serie Monografieën vanwege het Van der Heijden-instituut, deel 42, Kluwer Deventer, 1993
- Slot, G. Voorraadwaardering, Fiscale monografie nr. 8, Kluwer Deventer, 1987
- Smit, J.A. Borgtocht, Civielrechtelijke en fiscale aspecten, Fiscale Brochures, FED Deventer, 1993
- Soest, J. van Conclusie bij HR 29 januari 1997, BNB 1997/89
- Soeten, G.H. de De zelfstandigheidsfictie van de vaste inrichting, Weekblad 1990, blz. 1403-1410

- | | |
|-------------------------------------|--|
| Sonderen, J C M van | De deelnemingsvrijstelling in beweging (2), MBB 1987, blz 197-203 |
| Sonderen, J C M van | De fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Kluwer Deventer, 1995 |
| Suilen, A J H van | Substancevoorwaarden concernfinancieringsmaatschappij, Weekblad 1997, blz 1129-1135 |
| Suilen, A J H van | Voorwaarden concernfinancieringsmaatschappij, FED 1997/777, blz 2934-2955 |
| Suilen, A J H van | Herziening regime fiscale eenheid en concernfinancieringsregeling, Weekblad 2000, blz 947-952 |
| Tiberghien, A | Tiberghien '98, Handboek voor Fiscaal recht, Ced Samson Diegem, 1998 |
| Traas, L | De waarde van de onderneming gezien vanuit de theorie, Limpert-dag 1990, Moret Ernst & Young Rotterdam, 1990, blz 17-33 |
| Tuijl, B A | Fiscale eenheid, Weekblad 1979, blz 336-352 |
| Tuinte, G H J | Compartimentering voorkomt willekeurige resultaten Boeren moeten hun winst uittellen, Weekblad 1990, blz 1463-1469 |
| Vakstudie, De | Fiscale encyclopedie De Vakstudie, Vennootschapsbelasting, Kluwer Deventer |
| Verburg, J | Annotatie bij HR 23 januari 1974, BNB 1974/133 |
| Verburg, J | Vennootschapsbelasting, Fiscale Hand- en Studietoeken, Kluwer Deventer, 1984 |
| Verburg, J | Annotatie bij HR 6 december 1989, BNB 1990/89 |
| Vereniging voor Belastingwetenschap | Fiscale eenheid, Rapport van de Commissie ter bestudering van de belastingheffing van concerns volgens art 15 Wet op de vennootschapsbelasting 1969, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap, nr 199, Kluwer Deventer, 1995 |

- | | |
|-------------------------------------|---|
| Vereniging voor Belastingwetenschap | Fiscale concurrentie en Europees monetair beleid, Geschriften van de Vereniging voor Belastingwetenschap nr. 205, Kluwer Deventer, 1997 |
| Vermeend, W.A. | Instrumentalisering van het belastingrecht, Weekblad 1996, blz. 209-213 |
| Vermeend, W.A. | Effective tax rates in Europe, EC Tax Review 1999/3, blz. 160-163 |
| Verstraaten, R.T.G. | Overdrachtsbelasting en kapitaalsbelasting, Gouda Quint Deventer, 1999 |
| Vijfeijken, I.J.F.A. van | Vruchtgebruik van privé-vermogen in de inkomstenbelasting, Fiscale monografie nr. 61, Kluwer Deventer, 1992 |
| Vijfeijken, I.J.F.A. van | Annotatie bij HR 24 januari 1996, BNB 1996/138 |
| Visser, K.-J. | Commissie geeft haar visie op de verhouding tussen steunmaatregelen en belastingmaatregelen, NTER 1999, nr. 6, blz. 156-160 |
| Vries, M. de | De bestendige gedragslijn, Fiscale brochures, FED Deventer, 1970 |
| Vries, N.H. de, en L.W. Sillevius | Cursus Belastingrecht, Vennootschapsbelasting, Gouda Quint Arnhem, losbladige editie |
| Vries, R.J. de | Anti-ontgaansbepalingen inzake de verbreking van een fiscale eenheid, Fiscale monografie nr. 74, Kluwer Deventer, 1996 |
| Vries, R.J. de | Samenloop van de deelnemingsvrijstelling en de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting, Fiscale monografie nr. 75, Kluwer Deventer, 1996 |
| Vries, R.J. de | De voorgenomen revalidatie van de fiscale eenheid: hinken op twee gedachten!, Weekblad 2000, blz. 49-66 |

- Wattel, P.J. De juridische betekenis van uitlatingen van bewindslieden bij de totstandkoming van (belasting)wetgeving, FED 1990/335, blz. 967-987
- Wattel, P.J. Belastingconcurrentie, staatssteun, de EG-gedragscode en de Nederlandse CFM, NTER 1998, nr. 1/2, blz. 17-24
- Warner, J.P. Conclusie bij HvJ EG 2 juli 1974, zaak 173/73 (sociale lasten in de textielsector), Jurisprudentie 1974, 709
- Winter, J.A. Nationale steunmaatregelen en het gemeenschapsrecht, Kluwer Deventer, 1981
- Winter, J.A. Communautair toezicht op nationale steunmaatregelen, Ars Aquì 1989, blz. 441-452
- Winter, J.W. Concernfinanciering, Kluwer Deventer, 1992
- Zwemmer, J.W. Verrekenen van verliezen, Belastingconsulentendag 1983, FED Deventer, 1983, blz. 15-28

Register van aangehaalde jurisprudentie en resoluties

Er wordt verwezen naar paragrafen

			<i>paragraaf</i>
<i>1927</i>			
Hoge Raad	2 maart 1927	B 4020	4 2 2 1
<i>1935</i>			
Hoge Raad	27 november 1935	B 5970	6 2 2 2 3 6 2 2 4 1
<i>1947</i>			
Hoge Raad	30 april 1947	B 8394	4 2 2 2
<i>1952</i>			
Hoge Raad	12 november 1952	BNB 1953/5	5 2 2 1
<i>1953</i>			
Hoge Raad	11 maart 1953	BNB 1953/119	4 2 2 1
Hoge Raad	21 oktober 1953	BNB 1953/295	6 2 2 7
<i>1954</i>			
Hoge Raad	3 november 1954	BNB 1954/357	2 4 3 5
<i>1955</i>			
Hoge Raad	30 maart 1955	BNB 1955/183	6 2 2 7
Hoge Raad	15 juni 1955	BNB 1955/277	2 2 3 1
Hoge Raad	23 november 1955	BNB 1956/39	5 2 2 7
Hoge Raad	28 december 1955	BNB 1956/46	5 3 5 2
<i>1956</i>			
Hoge Raad	22 februari 1956	BNB 1956/132	7 2 4 3
Hoge Raad	24 oktober 1956	BNB 1956/335	8 5 1
Hoge Raad	19 december 1956	BNB 1957/37	5 2 2 1

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE EN RESOLUTIES

1957

Hoge Raad	23 januari 1957	BNB 1957/68	4.2.2.1
Hoge Raad	20 maart 1957	BNB 1957/151	4.2.2.2
Hoge Raad	8 mei 1957	BNB 1957/208	5.2.2.2
			8.5.3
Hoge Raad	5 juni 1957	BNB 1957/239	2.4.3.5
Hoge Raad	24 december 1957	BNB 1958/84	4.2.2.1

1958

Hoge Raad	29 januari 1958	BNB 1958/112	6.2.2.7
Hoge Raad	5 maart 1958	BNB 1958/155	3.4.7.2
Hoge Raad	19 november 1958	BNB 1959/6	4.2.2.2

1959

Hoge Raad	10 juni 1959	BNB 1959/262	5.3.5.2
-----------	--------------	--------------	---------

1960

Hoge Raad	10 februari 1960	BNB 1960/123	6.3.2.6
Hoge Raad	4 mei 1960	BNB 1960/163	4.2.7
Hoge Raad	4 mei 1960	BNB 1960/165	4.2.7
Hoge Raad	4 mei 1960	BNB 1960/166	4.2.7
Hoge Raad	22 juni 1960	BNB 1960/266	6.3.2.6
Hoge Raad	16 november 1960	BNB 1961/4	4.2.2.2

1962

Hoge Raad	20 juni 1962	BNB 1962/273	3.2.7
-----------	--------------	--------------	-------

1963

Hoge Raad	30 oktober 1963	BNB 1964/2	4.2.2.2
-----------	-----------------	------------	---------

1964

Hoge Raad	12 februari 1964	BNB 1965/95	4.2.7.2
Hoge Raad	30 september 1964	BNB 1966/52	4.2.2.2

1965

Hoge Raad	10 februari 1965	BNB 1965/81	4.2.2.1
			4.2.4

1969

Hoge Raad	10 maart 1969	BNB 1969/113	6.3.2.6
-----------	---------------	--------------	---------

1970

Hoge Raad	14 januari 1970	BNB 1970/68	8.5.3
-----------	-----------------	-------------	-------

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE EN RESOLUTIES

1971

Hoge Raad	6 januari 1971	BNB 1971/31	5.3.2
Hoge Raad	27 januari 1971	BNB 1971/55	3.2.2

1973

Hoge Raad	7 maart 1973	BNB 1973/101	6.2.2.2
Hoge Raad	7 november 1973	BNB 1974/2	4.2.4.1.1

1974

Hoge Raad	16 januari 1974	BNB 1975/26	3.2.3
Hoge Raad	23 januari 1974	BNB 1974/132	2.3.6.2
Hoge Raad	23 januari 1974	BNB 1974/133	2.3.6.2
Hoge Raad	3 april 1974	BNB 1974/172	2.2.3.1

1975

Hoge Raad	24 december 1975	BNB 1976/51	4.2.2.2.4
-----------	------------------	-------------	-----------

1977

Hoge Raad	20 april 1977	BNB 1977/162	5.4.2.3
			6.2.2.1.1
Hoge Raad	25 mei 1977	BNB 1977/251	2.3.3.2.1
Hoge Raad	7 december 1977	BNB 1978/26	2.3.6.2

1978

Hoge Raad	22 februari 1978	BNB 1978/165	5.2.2.1
Hoge Raad	31 mei 1978	BNB 1978/252	5.2.2.2
			6.3.2.1.2
			8.5.2
Hoge Raad	14 juni 1978	BNB 1979/181	8.5.3
Hoge Raad	4 oktober 1978	BNB 1978/299	2.3.6.2

1979

Hoge Raad	3 oktober 1979	BNB 1980/231	3.4.7.2
-----------	----------------	--------------	---------

1980

Hoge Raad	18 juni 1980	BNB 1980/234	8.5.1
-----------	--------------	--------------	-------

1981

Hoge Raad	1 juli 1981	BNB 1981/318	4.2.2.1
Hoge Raad	25 september 1981	NJ 1982, 443	6.2.2.4.5

1982

Hoge Raad	9 juli 1982	BNB 1982/230	5.4.2.3
Hoge Raad	24 november 1982	BNB 1983/103	2.2.3.1

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE EN RESOLUTIES

1984

Hoge Raad	3 oktober 1984	BNB 1985/57	5.2.2.1
Hoge Raad	2 november 1984	NJ 1985, 446	6.2.2.4.6
Hoge Raad	5 december 1984	BNB 1986/351	6.3.2.1.1

1985

Hoge Raad	23 januari 1985	BNB 1985/155	4.2.2.2
			4.2.2.3
Hoge Raad	8 mei 1985	BNB 1985/230	2.3 3.2.1
Hoge Raad	15 mei 1985	BNB 1985/233	5.2.4
Hoge Raad	16 oktober 1985	BNB 1986/44	3.4.3
Hoge Raad	11 december 1985	BNB 1987/187	5.3.5.2

1986

Hoge Raad	26 maart 1986	BNB 1986/245	6.2.2.4
Hoge Raad	9 mei 1986	NJ 1986, 792	6.2.2.4.5
Hoge Raad	4 juni 1986	BNB 1986/282	6.2.2.4.7
			7.2.8.1
Hoge Raad	2 juli 1986	BNB 1986/305	3.4.7.2
			5.2.2.7
			6.2.2.3
Hoge Raad	8 juli 1986	BNB 1986/293	8.5.2
Hoge Raad	8 juli 1986	BNB 1986/294	8.5.2
Hoge Raad	8 juli 1986	BNB 1986/295	8.5.2
Hoge Raad	8 juli 1986	BNB 1986/296	8.5.2
Hoge Raad	8 juli 1986	BNB 1986/297	8.5.2

1987

Hoge Raad	14 januari 1987	BNB 1987/90	7.3
Hoge Raad	1 april 1987	BNB 1987/176	2.3.6.2
Hoge Raad	15 juli 1987	FED 1988/768	5.2.2.1
Hoge Raad	19 augustus 1987	BNB 1987/279	3.2.3
			5.3.6

1988

Hoge Raad	20 januari 1988	BNB 1988/143	5.2.2.1
Hoge Raad	27 januari 1988	BNB 1988/217	2.4.3.5
			4.2.1
			4.2.4.2
			6.2.2.2.1
			6.3.2.1.2
			6.3.2.4
Hoge Raad	19 februari 1988	NJ 1988, 487	6.2.2.4.5
Hoge Raad	15 juni 1988	BNB 1988/258	2.2.3.1
Hoge Raad	8 juli 1988	BNB 1988/302	8.3.1
Hoge Raad	19 oktober 1988	BNB 1989/43	5.2.3.2

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE EN RESOLUTIES

1989

Hoge Raad	15 februari 1989	BNB 1989/144	8.5.4
Hoge Raad	26 april 1989	BNB 1989/217	2.4.3 2.2
Hoge Raad	8 november 1989	BNB 1990/36	4.2.7 2
			4.2.7 3
Hoge Raad	8 november 1989	BNB 1990/73	4.2.4.1.3

1990

Hoge Raad	28 maart 1990	BNB 1990/194	2.3.6 3
Hoge Raad	23 mei 1990	BNB 1990/204	7.3
Hoge Raad	27 juni 1990	BNB 1990/263	4.2.2.1

1991

Hoge Raad	17 april 1991	BNB 1991/165	6.2 2.7
Hoge Raad	19 juni 1991	BNB 1991/268	6.2.2.3
			6.2.2.10
Hoge Raad	16 oktober 1991	BNB 1992/42	4.2 2.1
Hoge Raad	8 november 1991	NJ 1992, 174	6.2.2.4.5
Hoge Raad	13 november 1991	BNB 1992/58	2.3 6 2
			5 2.2 2
			6 2.4.1.2
Hoge Raad	13 november 1991	BNB 1992/59	2.3.6 2
			5 2.2 2
			6 2.4 1.2
Hoge Raad	18 december 1991	BNB 1992/181	8 5 3

1992

Hoge Raad	18 maart 1992	BNB 1992/185	2.4.3.5
Hoge Raad	25 maart 1992	BNB 1992/199	2.3.3.1 3
Hoge Raad	21 oktober 1992	BNB 1993/32	4.2.1
			6.2.2.1 1

1993

Hoge Raad	10 maart 1993	BNB 1993/196	1
Hoge Raad	10 maart 1993	BNB 1993/197	1
Hoge Raad	17 november 1993	BNB 1994/273	5.4.2.3
			6.2.2.1.1

1994

Hoge Raad	27 april 1994	BNB 1994/206	7.3
Hoge Raad	27 april 1994	BNB 1994/207	7 3
Hoge Raad	27 april 1994	BNB 1994/208	6.2.4 1.2
Hoge Raad	26 oktober 1994	BNB 1995/46	4 2.2.1
Hoge Raad	9 november 1994	BNB 1995/20	2.3.3.1.3

1995

Hoge Raad	3 mei 1995	BNB 1995/334	2.3.6.1 2.3.6.2
Hoge Raad	31 mei 1995	BNB 1995/228	3.2.7
Hoge Raad	14 juni 1995	BNB 1995/252	8.3.1
Hoge Raad	16 juni 1995	NJ 1996, 214	6.2.2.4.6
Hoge Raad	23 augustus 1995	BNB 1996/3	1
Hoge Raad	6 september 1995	BNB 1996/4	1
Hoge Raad	6 september 1995	BNB 1996/16	7.2.4.1 7.2.7.1
Hoge Raad	20 september 1995	BNB 1996/5	1
Hoge Raad	20 september 1995	BNB 1996/17	2.3.3.1
Hoge Raad	27 september 1995	BNB 1996/6	1
Hoge Raad	27 september 1995	BNB 1996/18	2.3.3.1 8.5.4.2

1996

Hoge Raad	24 januari 1996	BNB 1996/138	2.3.6.1 2.3.6.2
Hoge Raad	28 februari 1996	BNB 1996/163	7.3
Hoge Raad	13 maart 1996	BNB 1996/194	2.3.6.2
Hoge Raad	19 juni 1996	BNB 1996/305	2.4.3.4
Hoge Raad	30 augustus 1996	BNB 1997/41	3.4.3

1997

Hoge Raad	22 januari 1997	BNB 1997/101	3.4.7.2 6.2.2.3 6.2.2.10
Hoge Raad	29 januari 1997	BNB 1997/89	2.3.6.1
Hoge Raad	7 mei 1997	BNB 1997/263	4.2.7.1
Hoge Raad	8 juli 1997	BNB 1997/385	3.4.3
Hoge Raad	29 augustus 1997	BNB 1997/344	7.3
Hoge Raad	29 augustus 1997	BNB 1998/3	6.2.2.3 6.2.2.4 6.2.2.4.2
Hoge Raad	5 november 1997	BNB 1998/38	4.2.4.1.3

1998

Hoge Raad	11 maart 1998	BNB 1998/208	2.4.3.5 6.3.2.4
Hoge Raad	15 april 1998	BNB 1998/232	3.4.7.2
Hoge Raad	15 juli 1998	BNB 1998/293	8.3.1
Hoge Raad	26 augustus 1998	BNB 1998/409	8.5.3
Hoge Raad	23 december 1998	BNB 1999/79	8.5.3

1999

Hoge Raad	17 februari 1999	BNB 1999/176	2.4.3.5
Hoge Raad	28 april 1999	BNB 1999/313	4.2.6.6 5.4.2.2

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE EN RESOLUTIES

Hoge Raad	12 mei 1999	BNB 1999/271	8.3.1
Hoge Raad	26 mei 1999	BNB 1999/272	3.2.2
Hoge Raad	16 juni 1999	BNB 1999/287	8.3.1
Hoge Raad	23 juni 1999	BNB 1999/322	2.3.3.1.3
Hoge Raad	27 juli 1999	BNB 1999/417	4.2.6.1
Hoge Raad	15 september 1999	BNB 1999/406	2.3.3.2.1
Hoge Raad	29 september 1999	BNB 1999/426	4.2.6.1
Hoge Raad	15 december 1999	BNB 2000/158	2.3.6.2

2000

Hoge Raad	19 januari 2000	V-N 2000, blz. 661	6.2.2.4.1
Hoge Raad	26 januari 2000	BNB 2000/159	2.2.3.1
Hoge Raad	26 januari 2000	BNB 2000/160	5.2.2.2
Hoge Raad	9 februari 2000	BNB 2000/236	2.3.6.2
Hoge Raad	23 februari 2000	BNB 2000/215	4.2.4.1.1

1959

Hof 's-Gravenhage	13 november 1959	BNB 1959/193	5.2.2.1
-------------------	------------------	--------------	---------

1964

Hof Arnhem	9 januari 1964	BNB 1964/185	6.2.2.7
------------	----------------	--------------	---------

1966

Hof Arnhem	8 juli 1966	BNB 1966/276	4.2.2.1
------------	-------------	--------------	---------

1987

Hof Amsterdam	24 april 1987	BNB 1990/337	2.4.8
---------------	---------------	--------------	-------

1988

Hof 's-Hertogenbosch	8 januari 1988	BNB 1989/52	6.2.2.4
----------------------	----------------	-------------	---------

1990

Hof Amsterdam	11 april 1990	BNB 1991/256	2.2.3.1
---------------	---------------	--------------	---------

1991

Hof 's-Hertogenbosch	10 april 1991	V-N 1991, blz. 3165	2.3.3.1.3
			2.3.3.1.4
Hof 's-Gravenhage	10 september 1991	V-N 1992, blz. 212	2.3.3.1.3

1992

Hof Arnhem	23 januari 1992	V-N 1992, blz. 1108	4.2.5.1.5
Hof Amsterdam	25 november 1992	V-N 1994, blz. 1399	2.3.3.1.3

1993

Hof Amsterdam	16 april 1993	V-N 1993, blz. 2563	6.2.2.4
---------------	---------------	---------------------	---------

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE EN RESOLUTIES

1997

Hof Amsterdam	11 september 1997	V-N 1998, blz. 1168	4.2.7.1
Hof Amsterdam	15 oktober 1997	V-N 1998, blz. 632	4.2.6.1

1998

Hof Arnhem	17 juni 1998	V-N 1998, blz. 4883	2 4.3.2 4
------------	--------------	---------------------	-----------

1999

Hof Amsterdam	25 mei 1999	V-N 1999, blz. 2403	3.4.5
Hof Amsterdam	25 mei 1999	V-N 1999, blz. 3350	3 4.5

1973

Hof van Justitie EG	11 december 1973	Jurisprudentie 1973, 1471	9.2.4.2
---------------------	------------------	---------------------------	---------

1974

Hof van Justitie EG	2 juli 1974	Jurisprudentie 1974, 709	9.2 2 3 9.2.2.5 9.2 4 5
---------------------	-------------	--------------------------	-------------------------------

1980

Hof van Justitie EG	27 maart 1980	Jurisprudentie 1980, 1205	9.2.2 1
Hof van Justitie EG	17 september 1980	Jurisprudentie 1980, 2671	9.2.2.4 9.2 2 5

1986

Hof van Justitie EG	28 januari 1986	Jurisprudentie 1986, 273	2.2.3
---------------------	-----------------	--------------------------	-------

1988

Hof van Justitie EG	13 juli 1988	Jurisprudentie 1988, 4067	9 2.2.5
Hof van Justitie EG	27 september 1988	Jurisprudentie 1988, 5515	9.2.5.4

1990

Hof van Justitie EG	14 februari 1990	Jurisprudentie 1990, 307	9.2.5.2
Hof van Justitie EG	21 maart 1990	Jurisprudentie 1990, 959	9.2.2.5 9 2.5 3.2
Hof van Justitie EG	20 september 1990	Jurisprudentie 1990, 3437	9.2.5.3 2

1991

Hof van Justitie EG	19 november 1991	Jurisprudentie 1991, 5357	9.2 5.4
Hof van Justitie EG	13 december 1991	Jurisprudentie 1991, 6049	7.3

1993

Hof van Justitie EG	10 juni 1993	Jurisprudentie 1993, 3131	9.2.5.3.2
---------------------	--------------	---------------------------	-----------

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE EN RESOLUTIES

1994

Hof van Justitie EG	14 september 1994	Jurisprudentie 1994, 4103	9 2.2.5
Hof van Justitie EG	5 oktober 1994	Jurisprudentie 1994, 4973	9.5

1996

Hof van Justitie EG	5 maart 1996	Jurisprudentie 1996, 1029	9 2.5.4
---------------------	--------------	---------------------------	---------

1997

Hof van Justitie EG	17 juli 1997	BNB 1998/32	3.4.1
Hof van Justitie EG	20 maart 1997	Jurisprudentie 1997, 1591	9.2.5 3 2

1998

Gerecht van eerste aanleg	27 januari 1998	Jurisprudentie 1998, II.1	9.2.2.3.2
---------------------------	-----------------	---------------------------	-----------

1945

Resolutie	6 september 1945	B 8190	4.2.4 1 3
-----------	------------------	--------	-----------

1974

Resolutie	15 oktober 1974	BNB 1975/11	4.2.4.1.1
-----------	-----------------	-------------	-----------

1985

Resolutie	25 april 1985	BNB 1985/196	4.2.6.4
-----------	---------------	--------------	---------

1986

Resolutie	26 februari 1986	BNB 1986/113	2.3.6.2
-----------	------------------	--------------	---------

1990

Mededeling	12 juni 1990	Infobulletin 1990/432	5.4.2.3
			6.2 2.1 1
Mededeling	3 oktober 1990	V-N 1990, blz. 3637	4 2.4 1 1

1991

Resolutie	13 juni 1991	BNB 1991/217	4.2 2.2.4
Resolutie	30 september 1991	BNB 1991/329	3.4.9.5
			7.2.9 4
Resolutie	30 september 1991	V-N 1991, blz. 2763	7.2 4 1
Resolutie	19 december 1991	BNB 1992/55	4.2.4.1.1
Resolutie	23 december 1991	BNB 1992/53	2 4 7

1992

Mededeling	7 juli 1992	V-N 1992, blz. 2428	4 2.4.1.1
------------	-------------	---------------------	-----------

REGISTER VAN AANGEHAALDE JURISPRUDENTIE EN RESOLUTIES

1993

Resolutie	1 juli 1993	BNB 1993/269	3.4.9.5
-----------	-------------	--------------	---------

1994

Mededeling	1 maart 1994	V-N 1994, blz. 1220	2.4.7
Resolutie	4 mei 1994	V-N 1994, blz. 1564	4.2.3
Mededeling	21 juli 1994	V-N 1994, blz. 3023	4.2.4.1.1
Resolutie	26 augustus 1994	BNB 1994/316	4.2.5.1.4

1995

Mededeling	25 februari 1995	V-N 1995, blz. 1025	6.3.2.1.2
------------	------------------	---------------------	-----------

1996

Mededeling	22 januari 1996	BNB 1996/120	6.2.4.1.1
------------	-----------------	--------------	-----------

1997

Resolutie	4 augustus 1997	V-N 1997, blz. 2992	7.3
Mededeling	4 augustus 1997	BNB 1997/323	8.5.3
Ministeriele regeling	21 augustus 1997	V-N 1997, blz. 3043	5.4.2
Besluit	2 oktober 1997	BNB 1998/32	3.4.1
Besluit	15 december 1997	V-N 1998, blz. 1176	2.4.6

1998

Besluit	3 december 1998	V-N 1998, blz. 4967	8.5.3
---------	-----------------	---------------------	-------

1999

Besluit	20 januari 1999	BNB 1999/117	4.2.4.1.3
Besluit	15 november 1999	BNB 2000/66	4.2.5.1.2
Besluit	3 december 1999	BNB 2000/71	6.2.2.10
Besluit	21 december 1999	BNB 2000/87	4.2.5.1

2000

Besluit	26 april 2000	BNB 2000/204	2.4.3.5
Besluit	20 juli 2000	BNB 2000/308	3.4.13.3

Trefwoordenregister

Er wordt verwezen naar paragrafen.

A

aandeelhouderschap	2.4.3.2.1
aangifte- en informatieverplichting	3.4.6
aanmerkelijk belang	2.2.3.2
aannemelijk maken	3.2.2
aansprakelijkstelling	6.2.2.4, 6.3.3.1

B

bankrekening	2.3.3.5
bedrijfsmatige activiteiten	4.2.3
– financiering van	4.2.3
– verlies uit financiering van	6.2.2.2.1
bedrijfsmiddelen	3.4.7, 4.2.2.1
– financiering van	4.2.2
– ter beschikking stellen gebruiksrecht van	4.2.5
– verbetering	3.4.7.2
– verlies uit financiering van	6.2.2.2.1
– verlies uit ter beschikking stellen van	6.2.2.2.2
– vervreemding	5.2.2.4.1
beëindiging risicoreserve	
– verplicht	6.2.4
– vrijwillig	6.2.3
belang	2.4.3
– indirect	2.4.3.3
– preferent aandelen-	2.4.3.4
belastbaar bedrag	5.5.2
belastbare inkomsten	3.3.3
belastingclaim	3.4.9.12
belastinggrondslag	3.4.11, 3.4.12
belastinglatentie	7.4
belastingplichtigen	7.2.2
– binnenlands	2.2.2
– buitenlands	2.2.3
beleggen van vermogen	2.3.3.1
bezittingen	3.2.6
borgtocht	4.2.6.5, 6.2.2.4.1
bronbelasting	
– doorschuifverbod	3.4.13.1
– gezamenlijke methode	3.4.13.3
– voorkomingsbreuk	3.4.13.2

C

categorale vermogensindeling	3.4.7.2
centrale spilfunctie	2.3.3.3, 2.3.4, 2.3.6.3.1
commerciële jaarrekening	7.4
concern	2.3.2, 2.3.2.1.2, 2.4, 11.4
– internationaal werkzaam	2.4.7
concernfinancieringswinst	5.2, 11.9.1
– kostentoerekening	5.2.2.1
continent	2.4.7
controllersactiviteiten	4.2.6.3
coördinatiecentrum	10.2
coördinatiegroep concernfinancieringen	3.4.2

D

debt/equity-ratio	3.4.11
deelneming	4.2.4.1, 4.3.2
– financiering van	4.2.4
– houden van	4.2.4.2, 4.3
– investering in	6.3.2
– risicovolle	6.3.3.2
– verlies uit financiering van	6.2.2.2.1
– verlies uit houden van	6.2.2.3
derde	2.4.4
dotatie	5, 11.9
– keuzemogelijkheid	5.2.3.5
– volgorde	3.4.9.4, 5.2.4

E

EG-Verdrag	9.2, 11.12
------------	------------

F

factoring	4.2.6.4
financieel administratieve dienstverlening	4.2.6.2
financieringsactiviteiten	4.2, 11.8
– binnen CFA-lichaam	4.2.7
– buiten concern	4.2.9
– complementaire	4.2.6
– duurzame	2.3.2.3, 2.3.5, 2.3.6.3.3
– functionele scheiding	2.3.4
– geografische scheiding	2.3.4
– indirecte	3.2.5
– omvang	4.2.11
– reele	2.3.2.2, 2.3.5, 2.3.6.3.2
– sfeerovergang	5.2.2.7
– verlies uit	6.2.2.2
– zelfstandige	2.3.2.1, 2.3.5, 2.3.6.3.1
financieringsvermogen	3.2.4, 3.4.7, 6.3.2.4
fiscale eenheid	7.2, 11.11

G

gedragscode	9.3, 11.13
geldstroombeheer	4.2.6.7
gelijkheidsbeginsel	8.3
goed koopmansgebruik	8.5.3

TREFWOORDENREGISTER

grondslag	8.4
H	
herwaarderingswinst	3.4.7.4
I	
inkomstentoets	3 3, 11.6
– niet voldoen aan inkomstennorm	3.3 6
instrumentele functie	8 2
international financial service centre	10.3
K	
kantoorfaciliteiten	2.3.3 4, 2 3.6 3 2
kapitaalsbelasting	7.3
kapitaalstorting	2.4.3.5
– indirecte	6.3.2.1
– informeel	6 3 2 1.2
kortlopende beleggingen	2.3.3.2.1, 3 4.8, 5.3.3
L	
lichaam	2.2, 2.4.2, 7.2.2
– verbonden	2.4.1
M	
marktwaarde	5.3.5.2
modelbeschikking	3.4
– status	3.4.3
mogendheid	2 4 7
O	
OECD-rapport	9.4, 11 14
onttrekking	6, 11 10
– belast	6.2
– fiscale eenheid	7.2.7, 7.2.8
– onbelast	6.3
– sfeerovergang	6.2.2 10
– volgorde	3 4 9 4, 6.2 5
– voordeel samenhangend met eerdere	5.4.3
opgeofferd bedrag	3.4.9 5, 6 3.2.5
overnamekas	2.3 3 2 1, 5.3, 11.9 2
– fiscale eenheid	7.2.5
– kwalitatief criterium	5.3.4
– kwantitatief criterium	5 3.5
– opbrengst	5.3.2
– verlies uit	6.2.2.6
overtollige liquiditeiten	2 3.3.2 1
P	
personeelsbezetting	2 3 2.2, 2.3 3 4, 2 3.6 3 2
positief voordeel	5 2.3.1, 5.4.2.1
R	
rechtsvinding	2 3.6.1

S

spaarpotfunctie	2 3.3.2
steunmaatregel	9 2
– ongeoorloofd	9.2.2
– verenigbaar	9.2.3
substance	2.3
substancevoorwaarden	2.3.5, 2 3 6 3, 11.3
– rechtsgrond	2.3.6

U

uitsluitend vanuit Nederland	2 4.8
------------------------------	-------

V

valutarisicobeheer	4.2.6.6, 5 4 2 3
valutawinsten	5.4.2
vaste inrichting	2 2.3 1, 2 3 2 1 1, 2 3.3.3, 2 3.6.3.1, 2.4.8, 4 4
– omzetting in deelneming	3.4.10.4
– verlies uit buitenlandse	6 2 2 5
verbondenheid	
– sfeerovergang	2.4.3 6
– verzoek	2.4 5, 2 4 6
verlies	6.2
– ander concernlichaam	6.2.2.8
– keuzemogelijkheid	6.2.2.9
– realisatie	6.2.2.7
vermogenstoets	3.2, 11.5
– overschrijding vermogensnorm	3 2.9
vervreemdingsverbod	6.3.2.6
voorwaarden inspecteur	3.4, 11.7
– niet voldoen aan	3.4.5

W

waarde in het economische verkeer	3.2 7
wetsinterpretatie	2 3 6, 4.2.6.1
winst	
– jaar	8 5 3
– totaal	8.5.2
WTO-overeenkomst	9 5, 11 15

Z

zeggenschap	2 4 3.2 2
zelfstandige bedrijfsvoering	2.3.3.3
zetelverplaatsing	6.2.4.1
zuivere inkomsten	2.2.3.2

A.J.H. van Suilen (1969) behaalde in 1994 het doctoraal examen Nederlands recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen en het doctoraal examen fiscaal recht aan de Katholieke Universiteit Brabant. Vervolgens is hij tot 2000 als belastingadviseur werkzaam geweest bij Loyens & Volkmaars. In de periode 1998-2000 is hij tevens als docent belastingrecht verbonden geweest aan de Katholieke Universiteit Nijmegen. Sedert 2000 is hij verbonden aan het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden.

